

I

فهرس الجلد الرابع من البدائع

١

المولى الرومي مصلحي افندي
احمد سالي

بسم الله الرحمن الرحيم اللهم يسر وتمم بخير يا كريم

فصل واما حكم المكاتبة ويندرج فيه بيان ما يملكه المولى من التصرف في المكاتب وما لا يملكه فنقول ولا قوة الا بالله المكاتبة انواع ثلاثة صحيحة وفاسدة وباطلة اما الصحيحة فلها احكام بعضها يتعلق بما قبل اداء الكتابة بدل م وبعضها يتعلق باداء بدل الكتابة اما الاول فزوال يد المولى عن المكاتب وصيرورة المكاتب احق بمنافعه ومكاسبه وصيرورة المولى كالاجنبي وثبوت عنها م حق المطالبة للمولى ببدل الكتابة وثبوت حق الحرية للمكاتب لان ما هو المقصود من هذا العقد من الجانبين لا يحصل بدونها وهل تزول رقبة المكاتب عن ملك المولى بالمكاتبة اختلف المشايخ فيه قال عامتهم لا تزول وقال بعضهم تزول عن ملك المولى ولا يملكها العبد بمنزلة البيع بشرط الخيار للمشتري على اصل ابي حنيفة ان المبيع يزول عن ملك البايع ولا يدخل في ملك المشتري وهذا غير سديد لان الملك صفة اضافية يستحيل وجوده بدون المضاف اليه كساير الاوصاف الاضافية من البنوة والابوة والاخوة والشركة ونحوها فلا يتصور وجود مملوك لا مالك له وهكذا نقول في باب البيع ان المبيع في الحقيقة ملك البايع او ملك المشتري الا انا لا نعلم ذلك في الحال لانا لا نعلم ان العقد يجاز او يفسخ فيتوقف في علمنا لجهلنا بعاقبة الامر وعند الاجازة او الفسخ نتبين انه كان ثابتا للمشتري او للبايع من وقت البيع حتى يظهر في حق الولد هذا معنى قول ابي حنيفة رحمه الله في تلك المسالة وتاتي هذه الجملة في مسايل اذا كاتب عبده كتابة صحيحة صار ماذونا في التجارة لانه وجب عليه اداء بدل الكتابة ولا يتمكن من الاداء الا بالكسب والتجارة كسب وليس له ان يمنعه من الكسب ولا من السفر ولو شرط عليه ان لا يسافر كان الشرط باطلا لان الكتابة صحيحة لما مر وليس له ان ياخذ الكسب منه لان كسبه له ولا يجوز اجارته ورهنه لان الاجارة تمليك المنفعة ومنافع المكاتب له والرهن اثبات ملك اليد للمرتهن وملك اليد للمكاتب ولا يجوز استخدامه واستغلاله لان ذلك تصرف في المنافع والمنافع له ويجوز له اعتاقه ابتداء بلا خلاف لان جوازه يعتمد ملك الرقبة وانه قايم سوا كان المولى صحيحا او مريضا غير انه ان كان صحيحا يعتق مجانا وان كان مريضا والعبد يخرج من الثلث فكذلك الجواب وان كان لا يخرج من الثلث ولم او لا يخرج من الثلث لكن اجازت الورثة م تجز الورثة فله الخيار في قول ابي حنيفة ان شا سعى في ثلثي القيمة حالا وان شا سعى في ثلثي الكتابة موجلا وعند ابي يوسف ومحمد لا خيار له ويسعى في الاقل لان

الكتابة

١

الكتابة قد سبقت الاعتاق والاعتاق في المرض بمنزلة التدبير ولو دبره كان حكمه هذا على ما ذكرنا في كتاب التدبير لانه اذا اعتقه في المرض ويجوز له اعتاقه عن الكفارة عندنا خلافا للشافعي والمسالة تذكر في كتاب الكفارات ان شا الله تعالى ولو اعتق الولد المولود او المشترى في الكتابة جاز ولا يسقط شي من بدل الكتابة والقياس ان لا يجوز اعتاقه وهو قول زفر وجه القياس ان في اعتاقه الولد ابطال حق المكاتب لانه يملك كسب ولده المولود والمشترى وبالاعتاق يبطل واليه اشار في الاصل فقال لان المكاتب ان يستخدمهم وجه الاستحسان ان المكاتب انما يسعى في حرية نفسه واولاده وقد نال هذا المقصود وانما لا يسقط من بدل الكتابة شي لان البدل كله على المكاتب فلا يسقط شي منه بعتق الولد ولو اعتق ام ولد مكاتبه لم يجز لان المكاتب لو عتق كانت هي ام ولد على حالها لانها لم تصر مكاتبة بكتابته ولا تعتق بعتق المكاتب ويجوز له بيع المكاتب بغير رضاه بلا خلاف لان فيه ابطال حق المكاتب من غير رضاه وهو حق الحرية فلا يجوز بيعه كالمدبر وام الولد وان رضي المكاتب جاز ويكون ذلك فسخا للكتابة لان امتناع الجواز كان لحق المكاتب فاذا رضي فقد زال المانع وذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله ان المولى والمكاتب اذا اجتمعا في البيع ان البيع لا يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لانه لما باعه المولى برضاه فقد تراضيا على الفسخ فيكون اقالة والكتابة تحتمل الاقالة وما روي ان عايشة رضي الله عنها اشترت بريرة وكانت مكاتبة فمحمول على ان ذلك كان برضاها وعلى هذا الهبة والصدقة والوصية ولو كانت جارية لا يحل له فعها وطيها ولا الاستمتاع بها لان ذلك انتفاع بها والمولى كالاجنبي في كسبها ومنا ولو وطيها غرم العقر لها تستعين به على اداء بدل الكتابة لانه بدل منفعة مملوكة لها ولو وطيها فعلقت منه ثبت نسب الولد اذا ادعاه لان النسب يثبت بشبهة الملك وتاويل الملك فلان يثبت بحقيقة الملك اولى صدقته المكاتبة او كذبته لما مر ثم ان جات بولد لاكثر من ستة اشهر فعليه العقر وان جات به لاقل من ستة اشهر فلا عقر عليه والمكاتبة بالخيار ان شات مضت على كتابتها واخذت وعتقت واخذت العقر ان كان العلوق في حال الكتابة وان شات عجزت نفسها وصارت ام ولد

وسقط العقر لما ذكرنا في كتاب الاستيلاد ولو جنى المولى على المكاتب غرم الارش
يستعين به على الكتابة ولو استهلك شيا من كسبه فهو دين عليه لانه احق
بكسبه من المولى فكان في مكاسبه كالحر وكذا ما استهلك المكاتب من مال
المولى مرهنا قلنا ولو اشترى المكاتب امراته لا ينفسخ النكاح وكذا لو اشترت
المكاتبة زوجها لان الثابت للمكاتب حق الملك لا حقيقة الملك وحق الملك يمنع
ابتدا النكاح ولا يمنع البقا كالعدة انها تمنع من انشا النكاح واذا طرت على النكاح
لا تبطله ولهذا قال اصحابنا ان المولى اذا زوج ابنته من مكاتبه لا يبطل النكاح
بموت الاب لان البنت لا تملك المكاتب حقيقة الملك بل يثبت لها حق الملك
فيمنع ذلك من الابتدا ولا يمنع البقا ولو سرق منه يجب القطع على السارق لان
المكاتب احق بمنافعه واكسابه فكان له حق الخصومة فيه كالحر فيقطع
بخصومته ولو جنى المكاتب على انسان خطا فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن
ارش الجناية لان رقبته مملوكة للمولى الا انه تعذر الدفع من غير اختيار بسبب
الكتابة فصار كالعبد القن اذا جنى جناية ثم اعتقه المولى من غير علمه بالجناية
والحكم هناك ما ذكرنا كذا ههنا فينظر ان كان ارش الجناية اقل من قيمته فعليه
ارش الجناية لان المجني عليه لا يستحق اكثر من ذلك فاذا دفع ذلك فقد سقط
حقه وان كانت قيمته اقل من ارش الجناية فعليه قيمته لان حكم الجناية تعلق
بالرقبة لكون الرقبة ملك المولى وهي لا تحتمل اكثر من قيمتها فلا يلزمه اكثر من
ذلك وكذلك ان جنى جنايات خطا قبل ان يحكم عليه الحاكم بالاولى لا يجب عليه
الا قيمة واحدة وان كثرت جناياته في قول اصحابنا الثلاثة وفي قول زفر
يجب عليه في كل جناية الاقل من ارشها ومن قيمته وهذا فرع اختلافهم في
ان جناياته تتعلق برقبته او بذمته فعندنا تتعلق برقبته والرقبة لا تسع
الا قيمة واحدة وعنده تتعلق بذمته والذمة متسعة والصحيح
قولنا لما ذكرنا ان رقبته مملوكة للمولى وانها مقدور الدفع في الجملة بان
يعجز فيدفع الا انه تعذر الدفع بالمنع السابق وهو الكتابة من غير اختيار
فصار كما لو جنى جنايات ثم اعتقه المولى من غير علمه بها وهناك لا يلزمه
الا قيمة واحدة كذلك ههنا هذا اذا جنى ثانيا قبل ان يحكم عليه الحاكم بالاولى
فاما اذا حكم الحاكم بالاولى ثم جنى ثانيا فانه يلزمه قيمة اخرى بالجناية
الثانية لانه لما حكم الحاكم فقد انتقلت الجناية من رقبته الى ذمته هـ

وكذا هذا م

فحصلت

فحصلت الجناية الثانية والرقبة فارغة عن جناية متعلقة بها فصار
بمنزلة الجناية المبتداة فرق بين هذا وبينما اذا حفر المكاتب بيرا على
قارعة الطريق فوقع فيها انسان فيجب عليه ان يسعى في قيمته يوم حفر
ثم وقع فيها اخر انه لا يلزمه اكثر من قيمة واحدة سوا حكم الحاكم بالاول او لم
يحكم ووجه الفرق ان هناك الجناية واحدة وهي حفر البير والضمان الذي
يلزمه انما يلزمه بسبب واحد فوقوع الثاني وان كان بعد حكم الحاكم لكن
بسبب سابق على حكمه فصار كانه قتلهما دفعة واحدة فلا يلزمه
الا قيمة واحدة فاما ههنا فقد تعددت الجناية الثانية حصلت بعد
فراغ رقبته عن الاولى وانتقالها الى ذمته فيتعدد السبب فيتعدد الحكم
ولو سقط حايط مايل اشهد عليه على انسان فقتله فعليه ان يسعى
في قيمته لان المكاتب يملك النقض فصح الاشهاد عليه كما في الحر وتجب عليه
قيمة نفسه كما لو قتل اخر خطا وكذلك اذا وجد في دار المكاتب قتيل فعليه
ان يسعى في قيمته الا اذا كانت قيمته اكثر من الدية فينتقص منها عشرة
دراهم فان جنى جنايات ثم عجز قبل ان يقضي بها دفعه مولاه بها او فداه وان
قضي عليه بالسعاية ثم عجز فهي دين في عنقه يباع فيه لانه اذا لم يقض
عليه لم تصر القيمة دينا في رقبته فاذا عجز صار حكمه حكم عبد لحقه الدين
انه يباع او يقضي السيد دينه هذا اذا كان جنايته خطا فان كانت عمدا
قتل به لانه لو كان حرا لقتل به فالمكاتب اولى هذا اذا جنى المكاتب
على غيره فاما اذا جنى غيره عليه فان كان خطا فالارش له والارش ارش
العبيد اما كون الارش له فلان اجزاءه ملحقة بالمنافع وهو احق بمنافعه
واما كون ارشه ارش العبيد فلانه عبد ما بقي عليه درهم بالحديث وكانت
الجناية عليه جناية على العبيد فكان ارشها ارش العبيد وان كان عمدا
فالمسلة على ثلاثة اوجه في وجه يجب القصاص في قولهم وفي وجه
لا يجب في قولهم وفي وجه اختلفوا فيه اما الاول هو ان يقتله رجل
عمدا ولم يترك وفا فللمولى ان يقتل القاتل لانه اذا لم يترك وفا فقد مات
عاجزا فمات عبدا والعبد اذا قتل عمدا يجب القصاص على قاتله ان كان
عبدا بالاجماع وان كان حرا عندنا كذلك ههنا واما الوجه الثاني فهو
ان يقتل عمدا ويترك وفا ويترك ورثته احرارا سوى المولى فلا يجب
القصاص لاشتباه ولي القصاص لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في انه يموت

م فهو كعبد قن جنى جناية انه يخاطب مولاه بالدفع او بالفداء واذا قضي عليه بالقيمة صار ذلك دينا في ذمته م

بلغ

حرا او عبدا على ما نذكر فمن قال مات حرا قال الولاية للاستيفا للورثة ومن
قال مات عبدا قال الولاية للمولى فاشتبه الولي فلم يجب القصاص
فان قيل قياس هذه النكتة انه اذا اجتمع المولى والورثة ينبغي ان
يجب القصاص لارتفاع الاشتباه عند الاجتماع كالعبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لآخر — الموصى ح
لآخر اذا قتل ان لهما ان يجتمعا فيقتلاه وكذا العبد المرهون اذا قتل فاجتمع
المرتهن والراهن على القصاص ان لهما ان يستوفياه كذلك هاهنا فالجواب
ان المانع هو اشتباه الولي وهذا الاشتباه لا يزول بالاجتماع لان الولاية
لاحدهما وهو المولى او الوارث وهذا النوع من الاشتباه لا يزول باجتماعهما
بخلاف مسألة الوصية لان هناك لا اشتباه فان الولاية لصاحب الرقبة
لان الملك له الا ان لصاحب الخدمة فيها حق فاذا اجتمعا في الاستيفا فقد
رضي باسقاط حقه او نقول لصاحب الخدمة حق قوي يشبه الملك
فصار بمنزلة عبد بين شريكين قتل فاجتمع المولیان على الاستيفا بخلاف
مسألة الرهن فان المستحق للقصاص هناك هو الراهن اذ الملك له الا ان
للمرتهن فيه حقا فاذا رضي بالاستيفا فقد رضي بسقوط حقه وها هنا
بخلافه على ما بينا واما الوجه الثالث فهو ان يقتل عمدا ويترك وفا
ولا وارث له سوى المولى فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف يجب القصاص
للمولى لانه لا اشتباه هاهنا لان القصاص يكون للمولى كيف ما كان سوا
مات حرا او عبدا وقال محمد لا يجب لان الولي ان لم يشتبه فسبب
ثبوت الولاية قد اشتبه لانه ان مات حرا فالولاية تثبت بالارث وان
مات عبدا فالولاية تثبت بالملك والجواب عن هذا من وجهين احدهما
ان السبب لم يشتبه لان السبب واحد وهو الملك والولا اثر من اثار
الملك والثاني ان سلمنا ان السبب قد اشتبه لكن لا اشتباه في الحكم وهو
الولاية لانها ثابتة بيقين فتثبت باي سبب كان فان قتل ابن المكاتب
او عبده عمدا فلا قود عليه لان المكاتب وهو ابو المقتول او مولى العبد
لو عتق كان القصاص له ولو عجز كان القصاص للمولى فاشتبه الولي
وبهذا علل في الاصل فقال لاني لا ادري انه للمولى او للمكاتب ومعناه
ما ذكرنا وان اجتمعا على ذلك لم يقتص ايضا لان الولاية لاحدهما وهو غير
معلوم فان عفوا فعفوهما باطل والقيمة واجبة للمكاتب اما بطلان
العفو فاما عفو المولى فلانه لا يملك كسب المكاتب فلا يصح عفوه

واما

واما عفو المكاتب فلان القيمة قد وجبت على القاتل وكان ابن المكاتب تبرعا
منه وانه لا يملك التبرع فان قتل المولى مكاتبه عمدا او خطا فلا قصاص عليه
في العمد بلا شك لان رقبته مملوكة له فتصير شبهة سوا ترك وفا او لم يترك
لا يجب القصاص لما قلنا غير انه ان ترك وفا فعلى المولى قيمته يقضي
بها مكاتبته وكذلك لو قتل ابنه لان القصاص قد سقط بالشبهة
فتجب الدية فيسقط عنه قدر ما له من الكتابة لان الاصل ان كل دينين
التقيا من جنس واحد في الذمة وليس في اسقاطه ابطال العقد ولا
استحق قبضه في المجلس فانه يصير احدهما بالاخر قصاصا وما
بقي يكون لورثته لا للمولى لانه قاتل فلا يرث منه وانما يصير ذلك
قصاصا اذا حل اجل الدية لان القيمة وجبت عليه بالقتل موجلة ولو
قتل عبد المكاتب رجلا خطا يقال للمكاتب ادفعه او افده بالدية لان
العبد من تجارته وكسبه فكان التخيير اليه كعبد الماذون جنى جناية
خطا انه يخير الماذون بين الدفع والفدا فالمكاتب اولى بخلاف نفس
المكاتب اذا جنى انه يلزمه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان نفس
المكاتب لا تحتمل النقل بخلاف كسبه واذا لم يحتمل النقل فتعذر الدفع من
غير اختيار فصار كما لو اعتق العبد الجاني من غير علمه بالجناية وثمة يلزمه
الاقل من قيمته ومن ارش الجناية كذا هاهنا ويوخذ المكاتب باسباب الحدود
الخالصة وغيرها نحو الزنا والسرقة والسكر والشرب والقذف لان الحر
يوخذ بها فالمكاتب اولى ولا يقطع في سرقته من مولاه لانه عبد وكذا لا
يقطع في سرقته من ابن مولاه ولا من امراة مولاه ولا من كل ذي رحم محرم من مولاه
لان واحدا من هولا لو سرق من المولى لا يقطع فكذا مكاتبه وكذا ان سرق واحد
من هولا من المكاتب لا يقطع لان كل واحد منهم لو سرق من المولى لا يقطع فكذا اذا
سرق من المكاتب ولو سرق منه اجنبي يقطع بخصومته ويصح من المولى
دعوة نسب ولد امة المكاتب اذا لم يكن له نسب معروف صدقته المكاتبة
او كذبته جات به لاقل من ستة اشهر او لاكثر لما ذكرنا فيما تقدم انه ادعى نسب
ولد جارية مملوكة له رقبة فكان ولدها مملوكا له ايضا ونسب ولد الجارية
المملوكة يثبت بالدعوة من غير الحاجة الى التصديق ثم الامة بالخيار ان شات
عجزت نفسها وان شات مضت على الكتابة فان مضت على الكتابة فلها العقر
ان كان العلوق في حال الكتابة بان جات به لاقل من ستة اشهر من وقت

لان المكاتب احق بمنافعه ومكاسبه فكان له حق الخصومة كالحر فيقطع بخصومته م

او لستة اشهر م

الكتابة لانه احق بمنافعها ومكاسبها والمولى كالاجنبي عنها والعقر بدل منافع
بضعها فيكون لها وان عجزت نفسها وصارت ام ولد له سقط العقر هذا
اذا استولد مكاتبته فان دبر مكاتبته فكذلك هو بالخيار ان شا نقض الكتابة
وان شا مضى عليها لتوجه العتق اليه من جهتين وكان له الخيار فان مات
مولاه وهو لا يخرج من الثلث فقد ذكرنا الاختلاف فيه فيما تقدم وان ادعى
نسب ولد جارية المكاتب وليس له نسب معروف وقد علقت به في ملك
المكاتب صحت دعوته لما قلنا فيحتاج فيه الى تصديق المكاتب استحسانا وقد
ذكرنا هذا في كتاب الاستيلاد ولا يحبس المكاتب ببدل الكتابة لانه دين
قاصر حتى لا تجوز الكفالة به عند عامة العلما خلافا لابن ابي ليلى هو
يقول انه دين فتصح الكفالة به كساير الديون ولنا ان حكم الكفالة
ثبوت حق المطالبة للكفيل بمثل ما في ذمة الاصيل وهذا لا يتحقق هاهنا م ودين الكتابة لا يحبس به ص
لان الثابت في ذمة الاصيل دين يحبس به فلو جوزنا الكفالة به لم يكن الثابت
بها حق المطالبة بمثل ما في ذمة المكفول عنه فلا يتحقق حكم الكفالة بخلاف
ساير الديون واما الذي يتعلق باداء بدل الكتابة فهو عتق المكاتب
ولا يعتق الا باداء جميع بدل الكتابة عند عامة العلما وهو قول زيد بن
ثابت رضي الله عنه وقال علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما ادى ويبقى الباقي
رقيقا وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه اذا اعطى مقدار قيمته عتق
ثم يصير بمنزلة الغريم وقال عبد الله بن عباس اذا كاتب العبد مولاه فهو
غريم من الغرما وهذا يدل على ان مذهبه ان المكاتب يعتق بنفس الكتابة
وقد روى محمد بن الحسن عن شريح رحمهما الله مثل ذلك وجه قول علي ان
الكتابة عقد معاوضة فاذا ادى العبد بعض بدل الكتابة الى المولى فقد ملك المولى
ذلك القدر ولو لم يملك من نفسه ذلك القدر لاجتمع للمولى ملك البدل والمبدل
وهذا لا يجوز وجه قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ان قيمة العبد
ماليته فلو عتق باداء ما هو اقل من قيمته لتضرر به المولى واذا ادى قدر
قيمته فلا ضرر على المولى وجه قول ابن عباس رضي الله عنهما انه لو لم
يعتق بنفس العقد لوجب للمولى على عبده دين ولا يجب للمولى على عبده دين
ولان الكتابة اعتاق على مال ومن اعتق عبده على مال وقبل العبد عتق
والمال دين عليه كذا هاهنا وجه قول زيد رضي الله عنه قول النبي صلى
الله عليه وسلم المكاتب قن ما بقي عليه درهم وهذا نص في الباب ولان المولى

علق

علق عتقه باداء جميع بدل الكتابة فلا يعتق ما لم يؤد جميعه كما لو قال لعبده
اذا اديت الي الفا فانت حر انه لا يعتق ما لم يؤد جميع الالف كذا هاهنا ثم العتق
كما يثبت باداء بدل الكتابة يثبت باداء العوض لان عوض الشي يقوم مقامه ويسلك م عن بدل الكتابة م
مسلكه كانه هو كما في البيع وغيره على ان بدل الكتابة دين في ذمة العبد وقضا
الديون يكون باعواضها لا باعيانها وكذا يثبت بالابرا لما نذكر ثم اذا ادى بدل
الكتابة وعتق يعتق ولده المولود في الكتابة بان ولد للمكاتب ولد من امة اشتراها لانه ؟
صار مكاتبا تبعا للاب فيثبت به فيه حكم الاصل الا ان للمولى ان يطالب الاب دون
الولد لانه لم يدخل في العقد مقصودا بل تبعا فلا يملك مطالبة التبع حال
قيام المتبوع وكما يعتق المكاتب بالادا من كسبه يعتق بالادا من كسب ولده
لان كسب الولد كسبه فاذا ادى يعتق هو وولده وكذا ولد المشتري في
الكتابة وولد ولده وان سفل والوالدون وان علوا اذا اشتراهم المكاتب
يدخلون في الكتابة كالولد المولود سوا لا فرق بينهم الا في فصل واحد وهو انه
اذا مات المكاتب عن غير مال يقال للولد المشترى وللوالدين اما ان تودوا الكتابة
حالا والا رددناكم في الرق بخلاف الولد المولود في الكتابة واما ما سوى الوالدين م لما نذكره
والمولودين من ذي الرحم المحرم كالاخ والعم والخال فهل يدخلون في الكتابة قال م ونحوهم ص
ابو حنيفة لا يدخلون وقال ابو يوسف ومحمد يدخلون ويسعون على النجوم
بمنزلة الوالدين والمولودين والاصل عندهما ان كل من اذا ملكه يعتق عليه فاذا م الحر ؟
ملكه المكاتب يتكاتب عليه ويقوم مقامه وجه قولهما ان الكتابة عقد
يفضي الى العتق فيعتبر بحقيقة العتق والحكم في الحقيقة هكذا في السبب
المفضي اليه ولهذا اعتبر بحقيقة العتق في الوالدين والمولودين كذا هاهنا هنا
ولابي حنيفة ان الاصل ان لا يثبت التكاتب اصلا لان ملك المكاتب ملك ضروري
لكونه مملوكا ما بقي عليه درهم فلا يظهر في جواز التبرع والعتق وانما
يظهر في حق حرية نفسه الا ان حرية ابويه وولده في معنى حرية نفسه
لمكان الجزئية ولم توجد في ساير ذي الرحم المحرم فيبقى الامر فيهم على
الاصل ويدل القياس من وجه اخر يقتضي ان لا يدخل الولد لانه كسبه
وحق الحرية لا يسري الى الكسب ككسب ام الولد والمدبر وانما استحسنا
في الاولاد بحكم الجزئية ولم يوجد والولد المنفصل قبل العقد لا يدخل في
الكتابة ويكون للمولى ولو اختلفا فقال المولى ولد قبل العقد وقال المكاتب بعد
العقد ينظر ان كان الولد في يد المولى فالقول قوله لانه انفصل قبل العقد

وان كان في يد الامة فالقول قولها ويحكم فيه الحال كمن استاجر عبدًا ومضت
مدة الاجارة ثم اختلفا فادعي المستاجر الاباق والآجر ينكر انه ينظر ان
كان في الحال ابقا فالقول قول المستاجر وان لم يكن في الحال ابقا فالقول
قول المواجر وكذلك هذا في الطاحونة اذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه
فان كان في الحال منقطعا فالقول قول المستاجر وان كان جاريا فالقول قول
المواجر ولو تصادقا في الاباق والانقطاع واختلفا في مدة الاباق والانقطاع
فالقول قول المستاجر لانه ينكر وجوب الزيادة وسوا كان الادا في حال
حياة العاقدين او بعد موتهما حتي لو مات المولى فادي المكاتب الي ورثته
عتق لان العقد لا ينفسخ بموت المولي بلا خلاف وكذلك لو مات المكاتب
عن وفا يودي بدل الكتابة الي المولي ويحكم بعتقه عندنا وعند الشافعي
رحمه الله لا يعتق ويسلم البدل للمولي بنا علي ان عقد الكتابة لا ينفسخ وقد
اختلف الصحابة رضي الله عنهم في المكاتب اذا مات عن وفا انه يموت حرا او
عبدًا فان علي رضي الله عنه وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما يموت حرا
فتودي بدل كتابته ويحكم بحريته وبه اخذ اصحابنا وعن زيد بن ثابت رضي
الله عنه انه يموت عبدا والمال كله للمولي وبه اخذ الشافعي رحمه الله ووجه
قول الشافعي انه لو عتق لا يخلو اما ان يعتق قبل موته واما ان يعتق بعد موته
ولا سبيل الي الاول لان العتق معلق باداء البدل والادا لم يوجد قبل الموت ولا
سبيل الي الثاني لان محل العتق قد فات لان محله الرق وقد فات بالموت
واثبات الشي في غير محله محال فامتنع القول بالعتق ولا يقال انه يعتق مستندا
الي اخر جزء من اجزاء حياته وهو قابل للعتق في ذلك الوقت لان الاصل فيما يثبت
مستندًا انه يثبت للحال ثم يستند الا تري ان من باع مال الغير يوقف علي اجازة
المالك عندكم فان هلك المال ثم اجاز المالك لا تلحقه الاجازة لان الحكم يثبت عند
الاجازة مستندا فيراعي محل قيام الحكم للحال والمحل هاهنا لا يحتمل العتق
للحال ولنا ما روي عن قتادة رضي الله عنه انه قال قلت لسعيد بن المسيب
رحمه الله ان شريحا قال في المكاتب اذا مات عن وفا وعليه دين بدي
بدين الكتابة ثم بالدين فقال سعيد اخطا شريح وان كان قاضيا فان زيد بن
ثابت م فاختلاف الصحابة في الترتيب دليل علي اتفاقهم علي بقا عقد الكتابة بعد
الموت فرواية قتادة تشير الي اجماع الصحابة علي ما قلنا ومثله لا يكذب
فلا يعتد بخلاف الشافعي ولان العتق في الحقيقة معلق بسلامة البدل للمولي اما

بموت المكاتب عن وفا لا ينفسخ بموت المولى وعنده ينفسخ بموت المكاتب م

فلا يستند م

يقولان المكاتب اذا مات عن وفا وعليه دين بدي بالدين ثم بالكتابة ص

صوره

صورة ومعني بالاستيفا واما معني بلا صورة باخذ العوض او الابرا بصورة
الادا من المكاتب لان العتق يثبت من غير ادا اصلا باخذ المولي وبالابرا
وقد سلم البدل للمولي اما صورة ومعني بالاستيفا واما معني الا صورة بالابرا
اما طريق الاستيفا فلان هذا عقد معاوضة من المولي والمكاتب وحكمه في
جانب المولي ملك البدل وسلامته وفي جانب المكاتب سلامة رقبته بالحرية
وسلامة اولاده ومكاسبه حال سلامة البدل للمولي وفي الحال زوال يد المولي
عنه وصيرورته احق بمنافعه ومكاسبه وقد ثبت الملك في البدل للمولي
في ذمة العبد للحال حتي لو تبرع انسان عنه بالادا وقبل المولي صح ولو ابراه
جاز الابرا ويعتق ولو احال المكاتب مولاه علي غريم له عليه دين من اكسابه
وقبل المولي صح وعتق فاذا ثبت الملك للمولي في البدل كان ينبغي ان يزول
المبدل عن ملكه وهو رقبة المكاتب وتسلم له رقبته تحقيقا للمساواة في
عقد المعاوضة اذ المعاوضة في الحقيقة بين البدل والرقبة كما في ساير المعا
من البيع والاجارة وكما في الخلع والاعتاق علي مال الا ان الزوال لو ثبت هاهنا
للحال لبقي الدين في ذمة المفلس ويتكاسل في الادا فيتضرر به المولي
فيمتنع الناس عن الكتابة فشرع هذا العقد علي خلاف موجب المعاوضات
في ثبوت السلامة وزوال اليد عن المولي الا بسلامة البدل له علي الكمال
نظرا للمولي وترغيبا لهم في عقد الكتابة ونظرا للعبيد ليتوصلوا الي العتق
فاذا جا اخر حياته وعجز عن الكسب انتقل الدين من ذمته الي اكسابه كما في
الحوالة لان الكسب قد لا يسلم له اما بالهلاك او باخفا الورثة فاذا ادي الي المولي
فقد وجد الشرط وهو سلامة البدل للمولي فيسلم المبدل للمكاتب وهو
رقبته واما الابرا فهو انه لما بلغ اخر حياته تسقط عنه المطالبة باداء البدل
لعجزه عن الادا بنفسه وانتقل الي المال خلفا عن المطالبة عنه فيطالب به
وصيه او وارثه او وصي القاضي فاذا ادي النايب سقطت المطالبة عن
المكاتب في اخر حياته فيبري عن بدل الكتابة وتسقط عنه المطالبة في
ذلك الوقت فيعتق في ذلك الوقت وقد خرج الجواب عن ما ذكره الشافعي
لما ذكرنا ان الشرط ليس هو صورة الادا بل سلامة البدل صورة ومعني بالا
او معني بالابرا وقد حصل ومن اصحابنا من قال انه يعتق بثبت بعد الادا مقصورًا
عليه ويبقي حيا تقدير الاحراز شرف الحرية كما يبقي المولي حيا بعد الموت
تقدير الاحراز بدل الكتابة او يثبت العتق فيه وهو ميت حقيقة ويعد حيا

م باخذ المولى او م

وضات

كذلك م

ستيفا

على اختلاف طرق اصحابنا وذلك على ما عرف في الخلافيات ولو مات المكاتب
وترك وفاء واولادا احرارا بان ولدوا من امراة حرة تؤدي بدل كتابته
وما فضل يكون ميراثا لاولاده الاحرار لان المكاتب يعتق في اخر جزء من اجزاء
حياته ثم يموت فيموت حرا فيرث منه اولاده الاحرار وكذا اولاده الذين
ولدوا في الكتابة لانهم صاروا مكاتبين تبعا له فاذا عتق هو في اخر حياته
يعتقون هم ايضا تبعا فاذا مات هو فقد مات حرا وهم احرار فيرثونه له م
وكذا اولاده الذين اشتراهم في الكتابة والداه لما قلنا وكذا ولده الذي كوتب
معه كتابة واحدة لانه عتق معه في اخر حياته فيرثه واما ولده الذي
كاتبه على حدة لا يرثه لانه لا يعتق بعتقه فيموت حرا وولده مكاتب كتابة
والمكاتب لا يرث الحر ولو مات وترك وفاء وعليه دين اجنبي ودين
المولى غير الكتابة والكتابة وله وصايا من تدبير وغيره وترك ولدا حرا
وولدا ولد له في المكاتبة من امته يبدا بديون الاجانب ثم بدين المولى ثم بالكتابة
والباقي ميراث بين سائر اولاده وبطل وصاياه اما بطلان وصاياه فلوجهين
احدهما يخص التدبير والثاني يعم سائر الوصايا اما الاول فلان المدبر
يعتق بموت السيد والمكاتب ليس من اهل الاعتاق واما الثاني فلانه اذا
أدي عنه بعد الموت فانه يحكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته وذلك
زمان لطيف لا يسع للوصية بل ينتقل الملك الى الورثة والملك للموصى له
يثبت بعقد الوصية الذي هو فعله فاذا لم يتسع الوقت له لا يمكن
اثباته بخلاف الميراث لان الملك ينتقل الى الورثة من غير صنع العبد
واذا بطلت الوصايا بقيت الديون واما ترتيب الديون فيبدا بدين
الاجنبي لان الاصل في الديون المتعلقة بالتركة انه يبدا بالاقوى كما في فالاقوى م
دين الصحة ودين المرض ودين الاجنبي اقوى من دين المولى لانه لا يبطل
بالرق ودين المولى يبطل به الا ترى انه لو عجز ورد في الرق يبطل
دين المولى ولا يبطل دين الاجنبي بل يباع فيه فيبدا بدين الاجنبي
ثم ينظر في بقية التركة فان كان فيها وفا بدين المولى وبالكتابة يبدي
بدين المولى ثم بالكتابة لان دين المولى اقوى من دين الكتابة بدليل انه
تصح الكفالة به ولا تصح بدين الكتابة وكذا المكاتب يملك اسقاط دين
الكتابة عن نفسه قصدا بان يعجز نفسه ولا يملك اسقاط دين المولى قصدا
بل يسقط ضرورة سقوط الكتابة فكان دين المولى اقوى فيقدم على دين

الكتابة

الكتابة وان لم يكن في التركة وفاء بالدينين جميعا يبدي بدين الكتابة لانه
لو بدي بقضاء دين المولى لبطل القضاء لانه اذا قضى ذلك فقد صار عاجزا
فيكون قد مات عاجزا فتبطل الكتابة فلم يصح القضاء لانه بالعجز عاد
قنا ولا يجب للمولى على عبده القن دين وليس في البداية بدين الكتابة
ابطال القضاء فكان اولى فيبدا بالكتابة حتى يعتق ويكون دين المولى في
ذمته يستوفي منه اذا ظهر له مال وما فضل من هذين الدينين فهو ميراث تركته
لاولاده الاحرار من امراة حرة ولاولاده المولودين في الكتابة لانهم عتقوا
بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته فيرثون كالحر الاصلي ولو مات وترك
وفاء وعليه دين وجناية ومكاتبة واولاد احرار من امراة حرة واولاد ومطرحم
ولدوا في الكتابة من امته واولاد اشتراهم يبدا بالدين ثم بالجناية ثم
بالكتابة ثم يكون الباقي ميراثا لجميعهم لان الدين اقوى من الكتابة لما بينا ثم
ينظر الى ما بقي من المال فان كان فيه وفاء بالكتابة فانه يبدا بالجناية
لانه اذا كان به وفاء بالجناية صار كان المكاتب حي فيقضي عليه بالجناية
ومتى قضي بالجناية يصير عاجزا اذا لم يكن في الباقي وفاء وان لم يكن في
المال وفاء بالكتابة وكان فيه وفاء بالجناية او لم يكن فقد مات المكاتب
عبدا وبطلت الجناية لانه لا حق لصاحب الجناية في مال العبد وانما كان حقه
في الرقبة وقد فاتت الرقبة هذا اذا كان القاضي لم يقض بالجناية في
حال حياته فان كان القاضي قضى عليه بالجناية صار حكمه حكم سائر
الديون واما المهر فان كان تزوج نكاحا صحيحا باذن المولى كان حكمه حكم
سائر الديون وان كان بغير اذن المولى لا يجب للمراة شي ما لم تنقض سائر
الديون والجناية والكتابة فان فضل شي يصرف الى المهر فان كان في النكاح
الفاسد انما يتبع بالمهر بعد العتاق لانه لا يصح في حق المولى فحينئذ فاذا زال حق المولى م
يواخذ به فان اديت كتابته وحكم بحريته وحرية اولاده صار الباقي
ميراثا لاولاده كلهم لانهم عتقوا بعتقه وكذلك ان كان الابن مكاتبا معه
لانهم عتقوا في زمان واحد وان كان الابن مكاتبا على حدة لا يرث منه لانه
لا يعتق بعتقه ولا يستند عتقه في حقه فلا يرث منه وان مات المكاتب
من غير وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة بان ولدته امته التي اشتراها
بان كان المكاتب تزوج امة انسان باذن مولاه فولدت منه ثم اشتراها المكاتب
وولدها او المكاتبة ولدت من غير مولاها فانه يسعى على نجوم ابيه ولا في الكتابة م

يبطل الاجل لانه اذا مات لا عن وفا فقد مات عاجزا فقام الولد مقامه كانه حي
ولو كان حيا حقيقة لكان يسعي علي نجومه وكذا ولده بخلاف ما اذا مات عن وفا
لانه مات قادرا فيودي بدل كتابته للحال ولا يوخر الي اجله بل يبطل الاجل
لان موت من عليه الدين يبطل الاجل في الاصل كما في ساير الديون وليس هاهنا
احد يقوم مقامه حتي يجعل كانه حي واذا ادي السعاية عتق ابوه وهو
واما ولده المشترا في الكتابة فانه لا يسعي علي نجومه بل يقال له اما ان تودي
السعاية حالا او ترد الي الرق ولا يقال ذلك للمولود في الكتابة بل يسعي علي
نجوم ابيه ولا يرد الي الرق الا اذا اخل بنجم او بنجمين علي الاختلاف وانما
كان كذلك لان دخول الولد في الكتابة بطريق التبعية وتبعية الولد المولود
في الكتابة اشد من تبعية المشترا في الكتابة لان تبعيته باعتبار الجزئية م
في الولد المولود في الكتابة حصلت في العقد وكانت بمنزلة المكاتب نفسه
والحكم في المكاتب ما ذكرنا فكذا فيه ولا كذلك الولد المشتري لان جزئيته
ما حصلت في العقد فانحطت درجته عنه فلا بد من اظهار ذلك في الحكم
ترتيبا للاحكام علي مراتب الحجج في القوة والضعف وذكر القاضي في شرح
الكافي الخلاف في المسلة وجعل ما ذكرنا قول ابي حنيفة واما علي قولهما
فالولد المشترا والمولود سوا وجه قولهما ان التكاتب في الولد المولود
لمكان التبعية وهي موجودة في المشترا وجواب ابي حنيفة عن هذا ان
معني التبعية في المولود اقوي منه في المشتري فلا يصح القياس ولو
مات عن غير وفا وترك الديون التي ذكرنا فالخيار في ذلك الي الولد يبدا
باي ذلك شا لان المكاتب اذا لم يترك وفا صار التخيير الي الولد لانه
يقضي من كسبه فيبدا باي ذلك شا فان اخل بنجم او بنجمين علي الاختلاف
يرد الي الرق ولو كان بعض الاولاد غايبا وبعضهم حاضرا فعجز الحاضر لا
يرد الي الرق حتي يحضر الغايب لجواز ان الغايب يحضر فيودي ولو مات
المكاتب ولم يترك وفا لكنه ترك ام ولد فان لم يكن معها ام ولد بيعت
في المكاتبة وان كان معها ولد استسعت فيها علي الاجل الذي كان للمكاتب
صغيرا كان ولدها او كبيرا بنا علي ان المكاتب اذا اشتري ام ولده وليس
معها ولد فانها لا تدخل في مكاتبته وكان له ان يبيعها عند ابي حنيفة
فكذا المولاه وعندهما تدخل في مكاتبته فكذلك بعد موته يكون بمنزلته لما
دخلت في الكتابة واذا كان معها ولد فانها تتبع ولدها في الكتابة عند

ابي حنيفة

والجزئية م

ابي حنيفة ولا يجوز بيعها فكذا بعد الموت اذا كان معها ولد ولدته في الكتابة
واذا كان معها ولد فانها تتبع ولدها في الكتابة عند ابي حنيفة ولا يجوز بيعها
فكذا بعد الموت اذا كان معها ولد ولدته في الكتابة وبصير كانه قايم لان
الابن قايم مقامه وعلي قولهما لا فرق بين وجود الولد وعدمه وجه
قولهما انها انما تسعي لان عتاق الاستيلاد بمنزلة عتاق النسب فلا
يبطل بموت الولد وكان حالها قبل موت الولد وبعده واحدا ولابي
حنيفة انه لا وراثة بينه وبينها وانما دخلت في كتابته الكتابة ولدها
تبعا فاذا مات الولد بطلت كتابتها لان كتابة الولد بطلت بموته فبطل
ما كان تبعا له والله اعلم فان ولدت المكاتبة ولدا واشترت ولدا ثم
ماتت سعيا في الكتابة علي النجوم والذي يلي الادا المولود في الكتابة وهذا
بنا علي ان الولد المولود في الكتابة يقوم مقام المكاتب والولد المشتري
لا يقوم مقامه علي الاتفاق او علي الاختلاف الا انه يسعي تبعا للولد
المولود والا فلا تجب عليه السعاية الا تري ان محمدا رحمه الله ذكر في الاصل
قال قلت فلم لا يجب علي الاخر شي من السعاية قال لانها لو لم تدع غيره بيع
الا ان يودي الكتابة عاجلا وانما قلنا ان الذي يلي الادا هو الولد المولود
في الكتابة لما ذكرنا ان الولد المشتري لا يقوم مقام المكاتب علي الاتفاق
او علي اصل ابي حنيفة والمكاتبة لو كانت حية اكانت تملك كسب ولدها
المشتري وكذا الذي يقوم مقامها وان سعي المشترا فادي الكتابة لم
يرجع علي اخيه بشي لانه ادي الكتابة من كسب الام لان كسب الولد المشتري
للام فاذا ادي الكتابة من كسبه فقد ادي كتابة الام وكسبه لها فلا يرجع
ولما ذكرنا ان الولد المولود قايم مقامها ولو كانت الام باقية فادي الولد
المشتري عتقت الام لم يرجع عليه بشي لما ذكرنا وكذلك الولد المولود
في الكتابة لو سعي وادي لم يرجع علي المشتري بشي لهذا المعني وقال
بعضهم هذا اذا ادي المولود في الكتابة من مال تركته الام فاما اذا ادي
من مال اكتسبه بنفسه فانه يرجع بنصفه علي المشتري ولم يذكر في
الاصل حكم المولود في الكتابة وانما ذكر حكم المشتري انه اذا ادي لا يرجع
ولو اكتسب هذا الابن المشتري كسبا كان لاخيه ان ياخذه ويستعين
به في كتابته لما ذكرنا ان الولد المولود قايم مقام الام وهي لو كانت قايمة لكانت
تملك اخذ كسب المشتري فكذا من يقوم مقامها وكذلك ان اراد ان يسلمه

نت

ان م

في عمل ليأخذ كسبه فيستعين به في مكاتبته كان له ذلك وكذلك لو امره
القاضي ان يواجر نفسه او امر اخاه ان يواجره ويستعين باجره على
اداء الكتابة كان ذلك جايزا لانه بمنزلتها وما اكتسب المولود في الكتابة
بعد موت امه قبل الاداء فهو له خاصة لانه داخل في كتابة الام وقايم
مقامها فما اكتسبه يكون له وما يكتسب اخوه حسب من التركة فيقضي
منه المكاتبة والباقي ميراث بينهما والفرق بينهما ان الولد المولود في
الكتابة قام مقامها فكان حكمه كحكمها وكسب المكاتبة لها فكذا كسب
ولدها واما الولد المشترى فلم يقم مقامها غير انه كسبها بجميع ما
اكتسبه فتصير كانها ماتت عن مال ولو ماتت عن مال تؤدي منه
كتابتها والباقي يكون ميراثا بينهما كذا هذا وقيل هذا كله قول ابي حنيفة
واما على قولهما فالولدان يقومان مقامها ولا يملك كل واحد منهما كسب
صاحبه لان كل واحد منهما لو كان منفردا لقام مقام المكاتبة ويسعى على
النجوم عندهما فكذا اذا اجتمعا لم يكن احدهما اولى من الاخر والله الموفق
واما الفاسدة وهي التي فاتها شيء من شرايط الصحة وهي ما ذكرنا فيما تقدم
فلا يثبت بها شيء من الاحكام المتعلقة بها قبل الاداء لان الكتابة الفاسدة لا
توجب زوال شيء مما كان للمالك عنه الى المكاتب فكان الحال بعد العقد كالحال
قبل واما الحكم المتعلق بالاداء وهو العتق فالفاسد فيه مثل الصحيح حتى
لو ادى يعتق والله الموفق لان الفاسد من العقود عند اتصال القبض به
كالصحيح على اصل اصحابنا رحمهم الله ونفس المكاتب في قبضته الا ان في الكتابة
الفاسدة اذا ادى تلزمه قيمة نفسه وفي الكتابة الصحيحة يلزمه المسمى
لما عرف ان الاصل ان يكون الشيء مضمونا بالمثل والقيمة هي المثل لانها مقدار
ماليته وانما المصير الى المسمى عند صحة التسمية تحرزا عن الفساد
لجهالة القيمة فاذا فسدت فلا معنى للتحرز فوجب الرجوع الى الاصل
وهو القيمة كما في البيع ونحوه وكذا في الكتابة الفاسدة للمولى ان يفسخ بغير
رضى العبد ويرده الى الرق وليس له ان يفسخ في الصحيحة الا برضا العبد
وللعبد ان يفسخ في الصحيح والفاسد جميعا بغير رضى المولى لما ذكرنا ان
الفاسدة غير لازمة في حقهما جميعا والصحيحة لازمة في حق المولى غير
لازمة في حق العبد ثم اذا ادى في الكتابة الفاسدة ينظر الى المسمى والى قيمة
العبد ايهما اكثر على ما ذكرنا الكلام فيه فيما تقدم وسوا كان الاداء في حال

حياة

حياة المولى او بعد موته الى ورثته استحسانا والقياس ان لا يعتق بالاداء الى
الورثة ووجه القياس ان العتق في المكاتبة الفاسدة يقع من طريق التعليق
بالشرط لان في الكتابة معنى المعاوضة ومعنى اليمين فاذا فسدت
بطل معنى المعاوضة فبقي معنى اليمين واليمين يبطل بموت الحالف ولان
الكتابة الفاسدة لا توجب زوال ملك المولى واذا بقي ملكه فاذا مات
قبل الاداء انتقل الى ورثته فلا يعتق بالاداء ووجه الاستحسان انها مع
كونها فاسدة فيها معنى المعاوضة والعتق يثبت فيها من طريق المعاوضة
لا من طريق التعليق بالشرط بدليل انه تجب فيها القيمة ولو كان العتق
فيها بمحض اليمين لكان لا يجب فيها شيء لان القيمة لم تدخل تحت اليمين
وكذا الولد المنفصل ومعلوم ان الولد المنفصل عند الشرط لا يدخل تحت
اليمين فثبت ان فساد الكتابة لا يوجب زوال معنى المعاوضة عنها
فيثبت العتق فيها من طريق المعاوضة عنها فيثبت العتق فيها من
طريق المعاوضة واما قوله ان ملك المولى لا يزول في المكاتبة الفاسدة
فنعم لكن قبل ما قبض البدل فاما بعد القبض فانه يزول وذلك
عند الاداء ولو كاتب امته كتابة فاسدة فولدت ولدا ثم ادت عتقت وعتق
ولدها معها لما ذكرنا ان الكتابة الفاسدة تعمل عمل الصحيحة عند اتصال
القبض بها والاولاد يدخلون في الكتابة الصحيحة كذا في الفاسدة فان
ماتت الام قبل ان تؤدي لم يكن على ولدها ان يسعى لان الولد قايم مقام
الام ثم الام لا تجبر على السعاية كذلك الولد لكنه لو ان سعى فيما على امه
يعتق استحسانا والقياس ان لا يعتق وهو على ما ذكرنا فيما اذا مات
المولى فادت المال الى ورثته انها تعتق استحسانا والقياس ان لا تعتق
واما الباطلة وهي التي فاتها شرط من شرايط الانعقاد فلا يثبت بها شيء
من الاحكام لان التصرف الباطل لا وجود له الا من حيث الصورة كالبيع
الباطل ونحوه فلا يعتق بالاداء الا اذا نص على التعليق بان قال اذا اديت
الي فانت حر فادى يعتق لكن لا بالمكاتبة بل بالتعليق بالشرط ولا يلزمه
شيء كما في التعليق بساير الشروط فصل واما بيان ما تنفسخ به
الكتابة فانها تنفسخ بالاقالة لانها من التصرفات المحتملة للفسخ لكون
المعاوضة فيها اصلا فتحتمل الاقالة كساير المعاوضات وكذا تنفسخ بالفسخ
من قبل العبد من غير رضا المولى بان يقول فسخت المكاتبة او كسرتها سوا

كانت فاسدة او صحيحة لما ذكرنا انها وان كانت صحيحة فانها غير لازمة
في جانب العبد نظرا له فيملك الفسخ من غير رضى المولى والمولى لا يملك الفسخ
من غير رضى المكاتب لانها عقد لازم في جانبه وهل تنفسخ بالموت
اما بموت المولى فلا تنفسخ بالاجماع لانه ان كان له كسب فيودي الى ورثته
المولى وان لم يكن في يده كسب فيكتسب فيودي فيعتق وكان في بقا العقد
فايدة فيبقى وان عجز عن الكسب يرد الى الرق كما لو كان المولى حيا واذا
مات المولى فادى المكاتب كتابته او بقية منها الى ورثته فعتق فولاوه
يكون لعصبة المولى لان الولا لا يورث من المعتق بعد موته لما نذكر في كتاب
الولا وان عجز بعد موت المولى فرد الى الرق ثم كاتبه الورثة كتابة اخرى
فادى اليهم وعتق فولاوه للورثة على قدر مواريثهم لانه عتق باعتاقهم
فكان ماله ميراثا بينهم اذ الولا يورث به ان كان لا يورث بنفسه واما بموت
المكاتب فينظر ان مات عن وفا لا تنفسخ عندنا خلافا للشافعي وان مات
لا عن وفا تنفسخ بالاجماع لانه مات عاجزا فلا فايدة في بقا العقد فتنفسخ
ضرورة ولا تنفسخ بردة المولى بان كاتب مسلم عبده ثم ارتد المولى لانها لا
تبطل بموت المولى حقيقة فبموته حكما اولى ان لا تنفسخ ولهذا لم تبطل
ساير عقوده بالردة وكذا المكاتبة فان اقر بقبض بدل الكتابة وهو
مرتد ثم اسلم جاز اقراره في قولهم وان مات المولى او قتل على الردة لم يجز
في قول ابي حنيفة اذا لم يعلم ذلك الا بقوله بنا على ان تصرفات المرتد
غير نافذة عنده بل هي موقوفة وان علم ذلك بشهادة الشهود جاز قبضه
وكذا يجوز للمرتد اخذ الدين بشهادة الشهود في كل ما وليه من التصرفات
كذا ذكر في الاصل لان ردته بمنزلة عزل الوكيل فيملك قبض الديون التي وجبت
بعقده كالوكيل المعزول في باب البيع انه يملك قبض الثمن بعد العزل وذكر
في موضع اخر انه لا يجوز قبض المرتد لانه انما يملك لكونه من حقوق العقد
وحقوق هذا العقد وهو المكاتبة لا تتعلق بالعاقد فلا يملك القبض بخلاف
البيع واما على اصلهما فاقراره بالقبض جايز لان تصرفاته نافذة عندهما
فان لم يقبض شيا حتى لحق بدار الحرب فجعل القاضي ماله ميراثا بين ورثته
فاخذوا الورثة بعد موته كان الولا له كذلك هذا ويأخذ من الورثة ما قبضوه
منه ان وجد بعينه كما في ساير املاكه التي وجدها مع الورثة بعينها لان
الوارث انما قبض بتسليط المورث فصار بمنزلة الوكيل والله اعلم

المكاتبة ثم رجع مسلما فولا العبد له لان ردته مع لحوقه بدار الحرب بمنزلة موته ولو دفع الى

كتا

كتاب الولا

الولا نوعان ولا عتاقة
وولا موالاة اما ولا العتاقة فلا خلاف في ثبوته شرعا عرفنا ذلك بالسنة واجماع
الامة والمعقول اما السنة فقول النبي صلى الله عليه الولا لمن اعتق وهذا
نص وروي ان رجلا اشترى عبدا فاعتقه فجاء به الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال يا رسول الله اني اشتريت هذا فاعتقته فقال عليه السلام
هو اخوك ومولاك ولا يكون مولاه الا ان يكون ولاوه له ونظير هذا الاستدلال
استدلالنا بقوله تعالى والله خلقكم وما تعملون في اثبات خلق افعال العباد من الله
تعالى ان الله اخبر انه خلق معمولهم والمعمول بدون العمل فيدل على كون
العمل مخلوق الله تعالى وقوله ان شكرك فهو خير له لان المعتق لما انعم
عليه بالاعتاق فقد وجب عليه الشكر فاذا شكره فقد ادى ما وجب عليه
فكان خيرا له وقوله وشر لك لانه قد وصل اليه شي من العوض فاوجب
ذلك نقصانا في الثواب لانه يصير كانه اعتقه على عوض فكان ثوابه
اقل ممن اعتق ولم يصل اليه على اعتاقه عوض دنيوي اصلا وراسا وقوله
وان كفرك فهو خير لك لان اعتاقه اذا خلا عن عوض دنيوي يتكامل
ثوابه واجره وقوله وشر له لان شكر النعمة واجب عقلا وشرعا فاذا
لم يشكره فقد ترك الواجب فكان شرا له وروي ان معتق بنت حمزة رضي الله
عنه مات وترك بنتا فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف ماله لابنته
والنصف لبنت حمزة رضي الله عنه وروي عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود
وابي بن كعب وزيد بن ثابت وابي مسعود الانصاري واسامة بن زيد
رضي الله عنهم انهم قالوا الولا للكبر فاتفاق هولا النجبا من الصحابة رضي الله عنهم
على لفظ واحد دليل سماعهم ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم معنا
ان هذا حكم لا يدرك بالقياس فالظاهر هو السماع وسياتي تفسير الحديث
في اثنا المسايل ان شا الله تعالى واما الاجماع فان الامة اجمعت على ثبوت
هذا الولا واما المعقول فمن وجوه احدها ان الاعتاق انعام اذ المعتق
انعم على المعتق بايصاله الى شرف الحرية ولهذا يسمى المولى الاسفل مولى
النعمة في عرف الشرع ولهذا سماه الله تعالى انعاما فقال في زيد مولى رسول الله
صلى الله عليه وسلم واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه قيل في التفسير
انعم الله عليه بالاسلام وانعمت عليه بالاعتاق فجعل كسبه عند استغنايه عنه
لمولاه شكرا لانعامه السابق ولهذا لا يرث العتيق من المعتق والثاني ان المعتق

فان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له وان مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته والاستدلال به من وجهين احدهما انه جعل عصبته اذا لم يترك وارثا آخر والثاني انه جعل المعتق مولى المعتق بقوله هو اخوك ومولاك صح

على تقدير تسليم ارادة المعمول من قوله تع وما تعملون صح

في نصرة المعتق حال حياته ولهذا كان عقله عليه لان عليه ان ينصره بدفع الظلم
عنه ويكفه عن الظلم على غيره بدفع الظلم فاذا جني فقد قصر في احد نوعي
النصرة وهو كفه عن الظلم فجعل عقله ضمانا للتقصير فاذا مات جعل ولاوه
لمعتقه جزا للنصرة السابقة والثالث ان الاعتاق كالايلاد من حيث
المعني لان كل واحد منهما احيا معنى فان المعتق سبب حياة المعتق باكتساب
سبب الاهلية والمالكية والولاية التي يمتاز بها الادمي عن البهايم كما ان الاب
سبب حياة الولد باكتساب سبب وجوده عادة وهو الايلاد ثم الايلاد
سبب لثبوت النسب فالاعتاق يكون سببا لثبوت الولا كالايلاد وهذا
معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم الولا لحمة كلحمة النسب والله اعلم فبعد
هذا يقع الكلام في مواضع في بيان سبب ثبوته وفي بيان شرط الثبوت وفي
بيان صفة الثابت وكيفيته وفي بيان قدره وفي بيان حكمه وفي بيان
ما يظهر به اما سبب ثبوته فالعتق سوا كان العتق حاصلا بصيغته
وهو الاعتاق او ما يجري مجري الاعتاق شرعا كشرا القريب وقبول
الهبة والصدقة والوصية او بغير صيغة بان ورث قريبه وسوا اعتق
لوجه الله تعالى او لوجه الشيطان وسوا اعتق تطوعا او واجبا عليه كالاعتاق
عن كفارة القتل والظهار والافطار واليمين والنذر وسوا كان الاعتاق
بغير بدل او ببدل وهو الاعتاق على مال وسوا كان منجزا او معلقا بشرط
او مضافا الي وقت وسوا كان صريحا او يجري مجرا الصريح او كناية او يجري
مجري الكناية وكذا الاعتاق الحاصل بالتدبير والاستيلاد والكتابة والاصل فيه
قول النبي صلى الله عليه وسلم الولا لمن اعتق من غير فصل وعلى هذا اذا امر المولى
غيره باعتاق عبده في حال حياته او بعد وفاته ان الولا للامر لان
العتق يقع عنه استحسانا والقياس ان يكون الولا للمامور لان العتق
يقع عن المامور وهو قول زفر ووجه القياس انه امر باعتاق عبد
الغير عن نفسه وهذا لا يصح لان العتق لا يصح بدون الملك ولا ملك للامر
بل للمامور فكان العتق عنه ولنا ان الامر بالفعل امر بما لا وجود للفعل
بدونه كالامر بصعود السطح يكون امرا بنصب السلم والامر بالصلاة يكون
امرا بالطهارة ونحو ذلك ولا وجود للعتق عن الامر بدون ثبوت الملك
له فكان امره المالك باعتاق عبده عنه بالبدل المذكور امرا بتمليكه منه بذلك
البدل ثم باعتاقه عنه تصحيحا لتصرفه كانه صرح به فقال بع مني فاعتقه

سبب ثبوت الولاء

م ويستوي فيه صريح التدبير والاعتاق والاستيلاد ٣

م ولو قال لآخر اعتق عبدك عني على الف درهم فاعتق فالولاء للآمر لان العتق يقع عنه ٣

عني ففعل ولو كان قال له اعتق عبدك عني ولم يذكر البدل فاعتق فالولا
للمامور في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان العتق عنه وعند ابي يوسف
هذا والاول سوا وجه قوله على نحو ما ذكرنا في المسلة الاولى ولهما الفرق بين
المسلتين وهو ان في المسلة الاولى امكن اثبات الملك للامر بالبدل المذكور
ثم معتقا عنه بامره وتوكيله واما في المسلة الثانية فلا يمكن اثبات الملك
بالتمليك الثابت بطريق الاقتضا لان التمليك من غير عوض يكون هبة
والملك في باب الهبة لا يثبت بدون القبض فان اعتق فقد اعتق ملك
نفسه لا ملك الامر فيقع العتق عن نفسه فكان الولا له فهو الفرق
ولو قال اعتق عبدك ولم يقل شيا اخر فاعتق فالولا للمامور لان العتق
عنه لانه اعتق عن نفسه لا عن الامر لعدم الطلب من الامر بالاعتاق عنه
ولو قال اعتق عبدك على الف درهم ولم يقل عني فاعتق يتوقف على قبول
العبد اذا كان من اهل القبول فان قبل في مجلس علمه يعتق ويلزمه المال
والا فلا لانه لم يطلب اعتاق العبد لنفسه وانما طلب اعتاق العبد للعبد
وهو فضولي فيه فاذا اعتق المالك يتوقف اعتاقه على اجازة العبد كما
اذا قال لغيره بع عبدك هذا من فلان بالف درهم فباعه انه يتوقف
على اجازة فلان كذا هذا وسوا كان المعتق ذكرا او انثى لوجود السبب منهما
ولعموم قوله صلى الله عليه وسلم الولا لمن اعتق وقال عليه السلام ليس للنسا
من الولا الا ما اعتقن الحديث والمستثنى من النفي ظاهرا وسوا كان المعتق
والمعتق مسلمين او كافرين او كان احدهما مسلما والاخر كافرا لوجود السبب
ولعموم الحديث حتى لو اعتق مسلم ذميا او ذمي مسلما فولا العتق منهما
للمعتق لما قلنا الا انه لا يرثه لانعدام شرط الارث وهو اتحاد الملة
قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يتوارث اهل ملتين شتى وقال صلى الله عليه وسلم
لا يرث المومن الكافر ولا الكافر المومن ويجوز ان يكون الولا ثابتا الانسان
ولا يرث به لانعدام شرط الارث به على ما نذكر حتى لو اسلم الذمي منهما قبل
موت المعتق ثم مات المعتق يرث به لتحقق الشرط وكذا اذا كان للذمي
الذي هو معتق العبد المسلم عصبة من المسلمين بان كان له عم مسلم او ابن
عم مسلم فانه يرث الولا لان الذمي يجعل بمنزلة الميت وان لم يكن له عصبة
من المسلمين يرد الي بيت المال ولو كان عبد مسلم بين مسلم وذمي فاعتقاه
ثم مات العبد فنصف ولايه للمسلم لان المسلم يرث المسلم والنصف الاخر

م مقتضى الامر بالاعتاق لان الملك في البيع الصحيح لا يقف على القبض بل يثبت بنفس العقد فصار المامور بايعا عبده منه بالبدل المذكور ٣

م مثبت ٣

عني

لاقرب عصبة الذمي من المسلمين ان كان له عصبة مسلم وان لم يكن يرد الى
بيت المال ولو اعتق حربي عبده الحربي في دار الحرب لم يصير بذلك
مولاه حتى لو خرجا الى دار الاسلام مسلمين لا ولا له وهذا قول ابي حنيفة
ومحمد لانه لا يعتق عندهما لانه لا يعتق بكلام الاعتاق وانما يعتق بالتخلية
والعتق الثابت بالتخلية لا يوجب الولا وعند ابي يوسف يصير مولاه
ويكون له ولاوه لان اعتاقه بالقول قد صح في دار الحرب وكذلك ان
دبره في دار الحرب فهو على هذا الخلاف ولا خلاف في استيلاده انه
جايز وتصير الجارية ام ولد له لا يجوز بيعها لما ذكرنا فيما تقدم ان مبني
الاستيلاد على ثبوت النسب والنسب يثبت في دار الحرب ولو اعتق مسلم
عبدا له مسلما او ذميا في دار الحرب فولاوه له لان اعتاقه جايز بالاجماع
وان اعتق عبد الحربي حربيا في دار الحرب م وخرجا مسلمين الى دار الاسلام فلا
ولا للمعتوق ط للمعتق ان يوالي من شا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف
يرث المعتق من المعتق وله ولاوه اذا خرجا مسلمين وان سبي العبد المعتق
كان مملوكا للذي سباه في قولهم جميعا لانه لا يخلو اما ان يكون مملوكا او حرا
فان كان مملوكا كان محلا للاستيلا والتملك وكذا ان كان حرا لان الحر الحربي
محل الاستيلا والتملك وعلى هذا يخرج ما اذا دخل رجل من اهل الحرب
دار الاسلام بامان فاشترى عبدا فاعتقه ثم رجع الى دار الحرب فسبي
فاشتراه عبده المعتق فاعتقه ان كل واحد منهما يكون مولى صاحبه حتى
ان ايهما مات ولم يترك عصبة من النسب ورثه صاحبه لوجود سبب
الارث من كل واحد منهما وهو الاعتاق وشرطه وكذلك الذمي لو
اعتق عبدا له ذميا فاسلم العبد ثم هرب الذمي المعتق ناقضا للعهد
الى دار الحرب فسبي واسلم فاشتراه العبد الذي كان اعتقه
فاعتقه فكل واحد منهما مولى صاحبه لما قلنا وكذلك المراة اذا اعتقت
عبدا لها ثم ارتدت المراة ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها
الذي كانت المراة اعتقته فاعتقها كان الرجل مولى المراة والمراة مولاة
الرجل لوجود الاعتاق من كل واحد منهما ثم العتق كما هو سبب ثبوت الولا
للمعتق فهو سبب وجوب العقل عليه حتى لو جنى المعتق كان عقله على المعتق
لما قلنا ان عليه حفظه فاذا جنى فقد قصر في الحفظ فصل واما
شرط ثبوته فلثبوت الولا شرايط بعضها يعم ولا العتاقه وولا العتاقه

ط على المعتق صح

م لا يصير مولاه عند ابي حنيفة لانه لا يعتق بالقول وانما يعتق بالتخلية وعند ابي يوسف يصير مولاه لثبوت العتق بالقول وقول محمد فيه مضطرب حتى لو اسلم العبد في دار الحرب صح

وبعضها

وبعضها يخص ولا ولد العتاقه اما الذي يعمهما جميعا فهو ان لا يكون للمعتق
او للولد عصبة من جهة النسب فان كان لا يرثه المعتق لانه يرث من
طريق التعصيب وفي العصبات يعتبر الاقوى فالاقوى ولا شك ان العصبة
من جهة النسب اقوى فكان اولى وهذا لان الولا وان كان لحمة كلحمة النسب
كما نطق به الحديث لكنه لا يكون مثل حقيقة النسب فكان اعتبار حقيقة
النسب اولى فان لم يكن له عصبة من جهة النسب وله اصحاب الفرايض
او ذوو الارحام فحكمه يذكر في موضعه ان شا الله تعالى واما الذي يخص
ولا ولد العتاقة فمنها ان تكون الام معتقة فان كانت مملوكة فلا ولا لاحد
عليه ما دام مملوكا سوا كان الاب م ومنها ان لا تكون الام حرة اصلية فان كانت
فلا ولا لاحد على ولدها وان كان الاب معتقا لما ذكرنا ان الولد يتبع الام
في الرق والحرية ولا ولا لاحد على امه فلا ولا على ولدها فان كانت الام
معتقه والاب معتقا فالولد يتبع الاب في الولا ويكون ولاوه لمولى الاب
لا لمولى الام لان الولا كالنسب والاصل في النسب هو الاب الا اذا تعذر
ومنها ان لا يكون الاب عربيا فان كان عربيا والام مولاة لقوم فالولد
تابع للاب ولا ولا عليه لان الولا اثر من اثار الرق ولا رق على عربي
ولو كان الاب نبطيا وهو حر مسلم لم يعتق وله ولا موالاة او لم يكن
فالولد يتبع الام في ولا العتاقة عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف
يكون تبعا للاب كما في العربي وجه قول ابي يوسف ان النسب يشبه
النسب والنسب الى الابا وان كان اضعف الا ترى ان الام لو كانت من العرب
والاب من الموالي فالولد يكون تابعا لقوم الاب ولهما ان ولا الام لموا
لاجل النصرة فيثبت للولد هذه النصرة ولا نصرة له من جهة الاب
لان من سوى العرب لا يتناصرون في القبايل فصار كمعتقة تزوجت
عبدا فيكون ولا ولدها لمواليها ومنها ان لا يكون للاب مولى عربي
فان كان لا ولاية لاحد عليه لان حكمه حكم العربي لقول النبي صلى الله عليه
وسلم ان مولى القوم منهم م ان لا يكون الولد معتقا فان كان لا يكون ولاوه
لمولى الاب ولا لمولى الام بل يكون لمن اعتقه لانه اذا اعتق صار له ولا نفسه
لقول النبي صلى الله عليه وسلم الولا لمن اعتق فلا يكون تبعا لغيره في الولا وبيان
هذا الاصل يذكر في بيان صفة الولا فصل واما صفته فله
صفات منها ان الارث به عند وجود سبب ثبوته وشرطه من

م حرا او مملوكا لان الولد يتبع الام في الرق والحرية فكان مملوكا لمولى امه فلا يتصور الولاء صح

ليها

م ومنها م

طريق التعصيب ومعنى هذا الكلام ان المعتق انما يرث بالولا من المعتق
بطريق العصوبة ويكون المعتق اخر عصبات المعتق مقدما على ذوي
الارحام وعلى اصحاب الفرايض في استحقاق ما فضل عن سهامهم حتى
انه لو لم يكن للمعتق وارث اصلا او كان له ذوي الرحم كان الولا للمعتق وان
كان له اصحاب الفرايض فانه يعطي فرايضهم اولا فان فضل شي اعطي المعتق
والا فلا شي له ولا يرد على اصحاب الفرايض وان كانوا ممن يحتمل الرد عليه
م الفاضل ص
وهذا قول عامة العلما وهو قول علي وزيد وابن عباس رضي الله عنهم وروي
عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما انه لا يرث بطريق التعصيب
وهو موخر عن اصحاب الفرايض في استحقاق الفاضل وعن ذوي الارحام
ايضا بظاهر قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله
م واحتجوا ص
فظاهره يقتضي ان يكون ذوي الرحم اولى من المعتق وجه قول الاولين
ما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه جعل ولا مولى بنت حمزة مقام العصبات
م رضي الله عنه بينها وبين بنت معتقها نصفين فقد اقام رسول الله صلى الله عليه وسلم بنت حمزة ص
حيث جعل النصف الاخر لها ولم يامر برده على بنت المعتق ولو كان الامر
على ما زعموا لامر بالرد كما في ساير المواريث اذا لم يكن هناك عصبة وقال
عليه السلام الحقوا الفرايض باهلها فما ابقت فلاولى رجل ذكر واولى رجل
ذكرها هنا هو المولى وروي فلاولى عصبة ذكر وهو المولى ها هنا واما
الاية فقال بعضهم في تاويلها اي ذوي الارحام من العصبة بعضهم اولى ببعض
اي الاقرب من ذوي الارحام من العصبات بعضهم اولى ببعض من الابعد كالابن
مع ابن الابن والاخ لاب وام مع الاخ لاب ونحو ذلك واذا عرف هذا
الاصل فبيانه في مسايل اذا مات المعتق وترك اما ومولى فللام الثلث
والباقي للمولى عند الاولين لانه عصبة وعند الاخرين الثلث للام والباقي
يرد عليها ايضا وان ترك بنتا ومولى فللبنت فرضها وهو النصف
والباقي للمولى عند الاولين لانه عصبة وعند الاخرين النصف للبنت بالفرض
والباقي يرد عليها ايضا ولو ترك ثلاث اخوات متفرقات واما وترك
مولاه فللاخت من الاب والام النصف وللاخت من الاب السدس تكملة
للثلثين وللاخت للام السدس وللام السدس فقد استغرقت سهامهم
الميراث فلم يبق شي للمولى وان ترك امراة ومولى فللمراة فرضها وهو
الربع والباقي للمولى بلا خلاف وكذا ان كان المعتق امة فتركت زوجا ومولاه
فللزوج فرضه وهو النصف والباقي للمولى اما على قول الاولين فلان

المولى

المولى عصبة فكان الباقي له واما على قول الاخرين فلانه لا سبيل الى الرد اذ لا
يرد على الزوج والزوجة فان ترك المعتق عمة وخالة ومولى فالمال للمولى في
قول الاولين لانه اخر العصبات فقدم على ذوي الارحام وفي قول الاخرين
للعمة الثلثان وللخالة الثلث لتقدم ذوي الارحام عليه وقس على هذا نظايره
وعلى هذا يخرج ما اذا اشترت المراة عبدا فاعتقته ثم مات العبد المعتق
وترك ابنته فلابنته النصف وما بقي فلمولاته لانها عصبة وهذا على قول
الاولين واما على قول الاخرين فالباقي يرد عليها بالقرابة واذا اشترت
المراة اباها فعتق ثم مات الاب وليس له عصبة فلابنته النصف بالنسب
وما بقي فلابنته ايضا عن الولا لا بالرد لانها عصبة الاب في الولا وعلى قول
الاخرين فالباقي يرد عليها بالقرابة ~~واذا اشترت المراة اباها~~ فان كان
الاب اعتق عبدا قبل ان يموت ثم مات العبد المعتق ولم يترك عصبة
م الاب ثم مات ص
فانها ترثه لانه معتق معتقها فكان ولاوه لها لقول النبي صلى الله عليه وسلم ليس
للنسا من الولا الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن الحديث والاستثنا من النفي اثبات ظاهرا
فان اشترت اختان لاب وام اباهما ثم مات الاب ولم يترك عصبة فللابنتين
الثلثان بالنسب وما بقي فلهما ايضا بلا خلاف لكن عند الاولين بطريق العصوبة
لانها عصبة وعند الاخرين بطريق الرد فان اشترت احداهما اباها
ثم مات الاب ولم يترك عصبة وترك ابنتيه هاتين فللابنتين بالنسب
م الثلثان ص
وللتي اشترت الاب الثلث الباقي خاصة بالولا في قول الاولين لانها عصبة
وفي قول الاخرين الباقي يرد عليهما نصفين فان اشترتا اباهما ثم ان
احداهما والاب اشتريا اخا لهما من الاب ثم مات الاب فان المال بين
الابنتين وبين الابن للذكر مثل حظ الانثيين لانه مات حرا عن ابن حر وابنتين
حرتين فكان الميراث لهم بالقرابة فلا عبرة للولا في ذلك فان مات الابن بعد
ذلك فلاختيه الثلثان بالنسب والثلث الباقي نصفه للتي اشترته مع الاب
خاصة لان لها نصف ولا الاخ لانه عتق بشرايها وشرا الاب وكان
ولاوه بينهما وما بقي فبينهما نصفان لانهما مشتركان في ولا الاب فصار
حصة الاب بينهما نصفين وهو سدس جميع المال وتخرج المسلة
من اثني عشر للاختين الثلثان لكل واحدة منهما اربعة اسهم ونصف الثلث الباقي
وذلك سهمان للتي اشترته مع الاب بالولا ونصف الثلث بينهما نصفان
بولا الاب لكل واحدة منهما سهم فصار للتي اشترته سبعة اسهم وللاخرى

خمسة اسهم وهذا على قياس قول علي وزيد وابن عباس رضي الله عنهم واما
على قياس قول عمر وابن مسعود رضي الله عنهم اذا مات الابن بعد موت
الاب فللاختين الثلثان بالنسب كما قالوا والثلث الباقي يرد عليهما
فان اشترت احديهما الاب واشترت الاخرى والاب اخا لهما من الاب
ثم مات الاب فالمال بين الابن وبين الابنتين للذكر مثل حظ الانثيين
لما قلنا فان مات الاخ بعد ذلك فللاختين الثلثان بالنسب ونصف الثلث
الباقي للتي اشترت الاخ مع الاب وما بقي فهو للتي اشترت الاب خاصة
فيصير المال بينهما نصفين وهذا على قول علي وزيد وابن عباس رضي الله
عنهم واما على قياس قول عمر وابن مسعود اذا مات الابن بعد موت الاب
فللاختين الثلثان بالنسب كما قالوا والثلث الباقي يرد عليهما فان اشترت
احديهما الاب واشترت والله الموفق ومنها انه لا يورث من المعتق بعد
موته ولا يكون سبيله سبيل الميراث وانما يستحقه عصبة المعتق بنفسها
وهم الذكور من عصبته لا الاناث ولا الذكور من اصحاب الفرايض والاصل
فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم الولا لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب
ولا يورث اي لا يورث من المعتق لاجماعنا على انه يورث من المعتق ولان
الولا لما كان يشبه النسب ثم النسب لا يورث نفسه وان كان يورث
به فكذا الولا وروينا عن النجباء السبعة رضي الله عنهم انهم قالوا بلفظ واحد
الولا للكبر فالظاهر هو السماع فان لم يكن فقد ظهرت هذه الفتوى
منهم ولم يظهر لهم فيها مخالف فيكون اجماعا ومعنى قولهم الولا للكبر اي
للاقرب وهو اقرب العصبة الى المعتق يقال فلان اكبر قومه اذا كان اقربهم
الى الاب الاعلى الذين ينسبون اليه وانما شرطنا الذكورة في هذه العصوبة
لان الاصل في العصبة هي الذكورة اذ العصوبة عبارة عن الشدة والقوة
قال الله تعالى خبرا عن بني يعقوب النبي صلى الله عليه وسلم اذ قالوا ليوسف
واخوه احب الى ابينا منا ونحن عصبة اي جماعة اقويا اشدا قادرون
على النفع والدفع وهذا قول عامة العلما وعن ابراهيم النخعي وشريح
رضي الله عنهم ان الولا يجري مجرى المال فيورث من المعتق كما يورث منه
ساير امواله الا انه انما يرث منه الرجال لا النسا بالنص وهو قوله صلى
الله عليه وسلم ليس للنسا من الولا الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن الخبر وكان
شريح رحمه الله يقول من احرز شيا في حياته فهو لورثته بعد موته واحتجا

بما روي عن الصحابة رضي الله عنهم انهم قالوا من احرز المال احرز الولا فقد انزلوه منزلة
المال فدل ان حكمه حكم المال والجواب ان معنى قولهم من احرز المال
احرز الولا اي من احرز المال من عصبة المعتق يوم موت المعتق احرز الولا
ايضا بدليل ان المراة تحرز المال ولا تحرز الولا بالاجماع وبالحديث فعلم ان المراد
منه العصبات وبه نقول ولان في الحمل على ما قلنا عملا بالدلايل بقدر
الامكان فكان اولى ثم يبتنى على هذا الاصل مسايل رجل اعتق عبدا له ثم مات المعتق وترك ابنين ثم مات احد الابنين وترك ابنا صح
ثم مات العبد المعتق فولاوه لابن المعتق لصلبه لا لابن ابنه الكبير لانه اذ هو
اقرب عصبات المعتق بنفسها والاصل انه يعتبر كون المستحق عصبة
يوم موت المعتق لا يوم موت المعتق ويعتبر الكبر من حيث القرب لا
من حيث السن الا ترى ان ابن الابن قد يكون اكبر سنا من عمه الذي هو ابن
المعتق وهذا على قول عامة العلما واما على قول ابراهيم وشريح فالمال
بين ابن المعتق وبين ابن ابنه نصفين لانه يجري الميراث عندهما فكما مات مجرى صح
المعتق فقد ورثاه جميعا فانتقل الولا اليهما ثم اذا مات احدهما انتقل نصيبه
الى ولده كما في ميراث المال فان مات الابن الباقي وترك ابنا ثم مات المعتق
فالولا بين ابن هذا الميت وبين ابن الميت الاول نصفين بلا خلاف اما
على قول العامة فلاستوايهما في العصوبة واما على قول ابراهيم وشريح
فلانتقال نصيب كل واحد منهما الى ولده ولو كان الاول حين مات ترك
ابنين ثم مات الباقي وترك ابنا واحدا ثم مات المعتق فالولا بين ابن
هذا وابني الاول يكون اثلاثا عندنا لاستوا الكل في العصوبة وعندهما
الولا بينهما نصفان النصف لابن هذا والنصف الاخر بين ابني الاول نصفين
لانهما يجعلان لكل ولد حصة ابيه فان مات المعتق وترك ثلاث بنين
فمات البنون وترك احدهم ابنا واحدا وترك الاخر خمس بنين وترك
الثالث عشر بنين ثم مات العبد المعتق وترك مالا فماله بين اولاد
البنين بالسوية على عدد الروس في قول العامة لاستوايهم في
العصوبة والقرب من المعتق وعلى قول ابراهيم وشريح ماله بينهم
يكون اثلاثا ثلثه لابن الابن الواحد والثلث الاخر بين الخمسة بني الابن
والثلث الاخر بين العشرة بني الابن فتصح فريضتهم من ثلاثين سهما
عشرة لابن الابن الواحد وعشرة بين بني الابن الاخر على خمسة وعشرة
بين بني الاخر وهو الثالث على عشرة ولو اعتق رجل هو وابنه عبدا

ثم مات الرجل وترك ابنين احدهما شريكه في الاعتاق ثم مات العبد المعتق
فنصف الولا لابنه الذي هو شريك ابيه خاصة لان شريكه في الاعتاق
والنصف الباقي بينهما نصفان لان ذلك حصة الاب فيكون بينهما بالسوية
فيصير بينهما على اربعة اسهم ثلاثة ارباعه للابن الذي كان شريك ابيه م الولاء م
والربع للاخر فان مات شريك ابيه قبل العبد وترك ابنا ثم مات
العبد المعتق فلابن الابن نصف الولا الذي كان لابيه خاصة والنصف
الاخر للابن وحده لانه اكبر من عصبة الاب وكان احق بنصيبه
من الولا فيصير نصف الولا للعم ونصفه لابن اخيه فان مات العم وترك
ابنين ثم مات العبد المعتق فنصف الولا لابن شريك ابيه خاصة
والنصف الاخر بينه وبين ابني عمه اثلاثا لكل واحد منهم الثلث فيصير م ويصير لابني عمه الثلث لكل واحد منهما السدس م
لابن شريك ابيه الثلثان فان مات المعتق وترك ابنا وابا ثم مات العبد
المعتق فالولا للابن وابن الابن وان سفل لا للاب في قول ابي حنيفة
ومحمد وعامة الفقها وعند ابي يوسف سدس الولا للاب والباقي
للابن وهو قول ابراهيم وشريح وهذا على اصلهما صحيح لانهما ينزلان
الولاء منزلة الميراث والحكم في الميراث هذا وانما المشكل قول ابي
يوسف لانه لا يجعل ما تركه المعتق بعد موته محل الارث بل يجعله لعصبة م الارث م
المعتق بنفسها والاب لا عصوبة له مع الابن انما هو صاحب فريضة
لا في ميراث المال وكان الابن هو العصبة فكان الولا له فان مات
المعتق وترك اباه وثلاث اخوة متفرقين اخا لاب وام واخا لاب
واخا لام ثم مات العبد المعتق فالولا للاب خاصة لانه العصبة فان
مات الاب ثم مات العبد المعتق فالولا للاخ من الاب والام لانه اقرب
العصبات الى المعتق فان مات الاخ من الاب والام وترك ابنا فان الولا
يرجع الى الاخ من الاب لانه الكبير فان مات الاخ من الاب وترك ابنا
فان الولا يرجع الى ابن الاخ من الاب لانه اقرب فان مات ابن الاخ من م والام م
الاب وترك ابنا فان الولا يرجع الى ابن الاخ من الاب والام لانه اقرب م والام م
ولا يرث الاخ من الاب ولا احد من ذوي الارحام شيا من الولا لما بينا فيما تقدم
ولو مات المعتق وترك جده ابا ابيه واخاه لابيه فالولا للجد لا للاخ في قول م وامه او لابيه م
ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد الولا بين الجد والاخ نصفين بنا
على ان لا ميراث للاخ مع الجد عنده وعندهما يرث الاخ مع الجد

بالتعصيب

١٤

15

بالتعصيب فان مات المعتق وترك ابنا وبنتا ثم مات العبد المعتق فالولا للا بن
لا للبنت لان الابن هو العصبة بنفسه لا البنت لقول النبي صلى الله عليه وسلم
ليس للنسا من الولا الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من
كاتبن ولم يوجد ها هنا المستثنى فبقي استحقاقها الولا على اصل النفي
وجملة الكلام ان النسا لا يرثن بالولا الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او
كاتبن او كاتب من كاتبن او دبرن او دبر من دبرن واولادهم واولا د كنيه م
اولادهم وان سفلوا اذا كانوا من امراة معتقة وما جر معتقهن من
الولا اليهن وبيان هذه الجملة امراة اعتقت عبدا لها ثم مات العبد ولا
وارث له فولاؤه للمراة لقوله صلى الله عليه وسلم في النسا خاصة ليس للنسا
من الولا الا ما اعتقن وهذا معتقها ولعموم قوله عليه السلام الولا لمن
اعتق ومن تعم الذكر والانثى فلو ان معتقها اعتق عبدا له ثم مات
العبد الاسفل ولم يترك وارثا فولاؤه لمولاه الذي اعتقه ولا يرث مولاته
منه شيا لانه معتق مولاه وليس لمعتقها حقيقة بل معتق معتقها وكان
اثبات الولا للمعتق حقيقة اولى فان مات العبد الاعلى ولم يترك
عصبة ثم مات العبد الاسفل فولاؤه للمراة المعتقة لانه معتق معتقها
فيدخل تحت قوله صلى الله عليه وسلم او اعتق من اعتقن ولو ترك العبد
الاعلى عصبة فماله لعصبته لما ذكرنا ان شرط الارث بالولا ان لا يكون
للمعتق عصبة من النسب وكذلك لو ان المعتق الثاني اعتق ثالثا والثالث
اعتق رابعا فميراثهم كلهم اذا ماتوا لها اذا لم يخلف من مات منهم مولى
اقرب اليه منها ولا عصبة ولو كانت امراة عبدا لها فادى فعتق
ثم مات العبد المكاتب فولاؤه لها لقول النبي صلى الله عليه وسلم او كاتبن وكذا
لو كان العبد المكاتب كاتب عبدا له من اكسابه فادى الاسفل او لا فعتق
كان ولاؤه لها لان الاعلى ليس من اهل الولا لانه عبد مملوك بعد وكذا اذا
دبرت امراة عبدا لها فماتت ثم مات العبد كان ولاؤه منها حتى يكون
للمذكور من عصبتها وكذا اذا ماتت المراة حتى عتق المدبر بموتها فدبر عبدا
له ثم مات فولاؤه يكون لعصبتها وكذا ولا اولادها ولا واولاد اولادهم الذين
ولدوا من امراة معتقة يكون لها لان ولاهم يثبت لابايهم وولا ابايهم لها كذا
ولا اولادهم الذين ولدوا من امراة معتقة يكون لها لان ولاهم يثبت لابايهم
وولا ابايهم لها كذا ولا اولادهم امراة زوجت عبدها بمولاة قوم فولدت

اذا جميعا معًا فعتقا فولاؤهما لها لقول النبي صلى الله عليه وسلم او كاتبن وكذا او كاتب من كاتبن اذا م

ولدا فولا الولد يكون لمولا امه ولا يكون للمراة منه شي وهذا ما لا شك فيه لان
ابا الولد ليس بمعتق بل هو عبد مملوك ولا يتصور ولا العتاقة بدون العتق فلو
اعتقت المراة عبدها جر العبد المعتق ولا الولد الى مولاته حتى لو مات
الولد ولا وارث له كان ماله لابيه فان لم يكن له اب بان كان مات قوله ولاوه للمراة
التي اعتقت اباه هذا تفسير جر موالي النسا الولا اليهن والله اعلم امراة
اعتقت عبدا لها ثم ماتت ثم مات العبد المعتق فولا معتقها لولدها م ان كانوا من عصبتها وعقله عليهم ايضا بلا خلو فوان كانوا من غير عصبتها فولاء معتقها لولدها الذكور صح
الذكور الذين هم من غير عصبتها وعقله على ساير عصبتها دون ولدها
فان انقرض ولدها وخلفوا عصبة لهم ليسوا من قوم المراة المعتقة ولها
عصبة كان لعصبتها دون عصبة ابنها لان الولا للكبر وانه لا يورث وكذلك م الولاء صح
روي عن علي رضي الله عنه انه قال يرجع الولا الى عصبتها اذا انقطع ولدها الذكور
وهو قول عامة العلما واذا لم يكن لها عصبة من نسب وكان لها موالي
اعتقوها فالولا لمواليها وكان شريح يجعل الولا بعد بنيها العصبة البنين
دون عصبتها لانه يجعل الولا ميراثا كالمال وبيان هذه الجملة امراة
اعتقت عبدا لها ثم ماتت وتركت ابنها واخاها ثم مات العبد المعتق
فماله لابنها لا لاخيها بلا خلاف فان مات ابنها وترك خاله واباه فان
الولا للخال دون الاب لان الخال اخ للمعتقة وهو عصبتها والاب لا قرابة
بينه وبين المعتقة وعلى قول شريح الولا للاب لا للخال لان الاب عصبة الابن م الذي لا ولاء ينبغي ان يكون صح
وكذلك ان مات الابن وترك اخا لاب او عما او جدا من قبل ابيه او ترك
بني عم او ترك موالي ابيه فهذا كله سوا والولا يرجع الى عصبة الام الاقرب
منهم فالاقرب ان كان لها بنو اعم يرجع اليهم فان لم يكن وكان لها موالي
اعتقوها يرجع الولا اليهم وفي قول شريح لا يرجع الولا ويمضي على جهته
وعن الشعبي وابن ابي ليلى ان الولا للذكور من ولدها والعقل ايضا دون م عليهم صح
ساير عصبة المعتقة وقالا كما يرثونه كذلك يعقلون عنه لان الخراج
بالضمان والصحيح قول العامة لما روي ان عليا والزبير رضي الله عنهما اختصما
الى عمر رضي الله عنه في ولا موالي صفية بنت عبد المطلب فقال الزبير هي
امي فانا ارثها وقال علي هي عمتي وانا عصبتها وانا اعقل عنها فلي ولاوها م وفي ولاؤها صح
فقضى عمر رضي الله عنه بالولا للزبير وبالعقل على علي رضي الله عنهم اجمعين
والمعنى فيه ان استحقاق الميراث بالعصوبة والابن في ذلك مقدم على الاخ
وابن الاخ والعم واما العقل فبالتناصر الا ترى ان اهل الديوان يتعاقلون

بالناصر

بالتناصر ولا ميراث بينهم ولا عصوبة والتناصر لها ولمولاها بقوم ابيها لا بابنها
لذلك كان العقل عليهم واعتبار العقل بالميراث غير سديد لان العقل ليس
يتبع الميراث لا محالة الا ترى ان الرجل يرثه ولده الذكور والاناث واخواته
ولو جنى جناية لها عقل كان عقلها على عصبته دون ولده واخواته ولو
اعتق امة له ثم غرقا جميعا ولا يدرى ايهما مات اولا لم يرث المولى منها وكان
ميراثها لعصبة المولى ان لم يكن لها وارث واصل المسالة ان الغرقى والهدمى لا يرث مطلب الغرقى والهدمى
بعضهم من بعض عندنا وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم لان كل امرين حادثين لا
يعرف تاريخهما يجعل كانهما وقعا معا والمسالة تعرف في كتاب الفرايض ان شا
الله تعالى ومنها انه لازم حتى لا يقدر المعتق على ابطاله حتى انه لو اعتق عبده
سايبة بان اعتقه بشرط ان يكون سايبة لا ولا له عليه كان شرطه باطلا وولاوه
له عند عامة العلما وقال مالك ولاوه لجماعة المسلمين والصحيح قول العامة
لقول النبي صلى الله عليه وسلم الولا لمن اعتق وكذا لا يملك نقله الى غيره حتى لا يجوز
بيعه وهبته والتصدق به والوصية وهذا قول عامة العلما وقال بعضهم يملك
نقله بالبيع وغيره واحتجوا بما روي ان اسما اعتقت عبدا فوهبت الولا لابن عباس
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الولا لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولان محل هذه
التصرفات المال والولا ليس بمال فلا يجوز بيعه كالنسب واما ما روي عن
اسما فيحتمل ان يكون معناه وهبت له ما استحقت بالولا وهو المال فسماه الراوي ولا لكونه
مستحقا بالولا او يحمل على هذا توفيقا بين الدلايل ولذا اذا باع عبدا وشرط على
المشتري ان يكون ولاوه له فالشرط باطل ويكون ولاوه للمشتري اذا اعتقه
وكذا اذا اعتق عبدا وشرط ان يكون ولاوه لجماعة المسلمين لم يصح ويكون ولاوه
له لما روينا وروي ان عايشة رضي الله عنها لما اشترت بريرة شرط عليها ان يكون
ولاوها لمواليها فخطب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال في خطبته ما بال اقوام
يشرطون شروطا ليست في كتاب الله كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان
كان ماية شرط وهل يحتمل الولا التحول من محل الى محل ننظر فيه ان ثبت بايقاع
العتق فيه لا يتحول ابدا لقوله صلى الله عليه وسلم الولا لمن اعتق الزم الولا المعتق وان م صلى الله عليه وسلم صح
ثبت لحصول العتق لغيره تبعا يتحول اذا قام دليل التحول وبيان هذه الجملة
عبد تزوج امة لقوم فولدت منه ولدا فاعتقها مولاها وولدها او كانت حبلى
به حين اعتقها واعتقها فولدت بعد العتق لاقل من ستة اشهر او كانت معتدة
من طلاق او موت فولدت لتمام سنتين من يوم الموت او الطلاق وقد اعتق الاب

رجل اخر كان ولا الولد للذي اعتقه مع امه ولا يتحول الى موالي ابيه وان اعتق ابوه
بعد ذلك لانه لما اعتقها فقد ثبت ولا الولد بايقاع العتق فيه فلا يحتمل التحول
وكذا اذا اعتقها وهي حبلى لما قلنا وكذا اذا اعتقها ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر من لانه تم
وقت الاعتاق لانا تيقنا بكونه في البطن وقت الاعتاق لان الولد لا يولد لاقل من
ستة اشهر فيثبت ولاوه بالاعتاق فلا يتحول ولو جاءت بولد لستة
اشهر فصاعدا يتحول ولاوه الى موالي الاب لانا لم نعلم يقينا انه كان في البطن
وقت اعتاق الام فيجعل كانها حبلت بعد العتق فيكون حرا تبعا لامه ويثبت
له الولا من موالي امه على جهة التبعية وولا الولد اذا ثبت لموالي الام على جهة
التبعية يتحول الى موالي الاب اذا اعتق الاب لما ذكرنا واذا كانت الام معتدة
من طلاق او موت فان نسب الولد يثبت الى سنتين لان الوطي كان حراما فتجعل
مدة الحمل سنتين ويحكم بكون الولد في البطن يوم الاعتاق واذا حكمنا
بوجوده يوم الاعتاق ثبت الولا بالاعتاق فلا يتحول الى غيره واذا كانت
المعتقة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها لان الولد يتبع الام في الرق
والحرية فان اعتق ابوه جر ولاء الولد الى مولاه لما روي عن عمر بن الخطاب
رضي الله عنه انه قال اذا كانت الحرة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها فاذا
اعتق ابوه جر الولا وعن الزبير بن العوام رضي الله عنه انه ابصر فتية لعسا
اعجبه ظرفهم وامهم مولاة لرافع بن خديج رضي الله عنهم وابوهم عبد لبعض
الحرقة من جهينة او لبعض اشجع فاشترى الزبير اباهم فاعتقه فقال
انتسبوا الي وقال رافع بل هم موالي فاختصما الى عثمان بن عفان رضي الله عنهم في
ولا الولد فقضى بولائهم للزبير يعني ان الاب جر ولا ولده الى مولاه وهو
الزبير حين اعتقه الزبير وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل م ذلك م
انه انكر عليه احد فيكون اجماعا ولان الاصل في الولا هو الاب لان الولا
لحمة كلحمة النسب والاب هو الاصل في النسب حتى ينسب الولد الى الاب
ولا ينسب الى الام الا عند تعذر النسبة الى الاب فكذا في اعتبار الولا
فانما يعتبر جانب الام عند تعذر الاعتبار من جانب الاب بان لم يكن من
اهل الولا ولا تعذر هاهنا فيعتبر بجانبه ولان الارث بالولا من طريق
العصوبة والتعصيب من قبل الاب اقوى فكان اولى ولو مات الاب عبدا
ولم يعتق كان ولا ولده لموالي الام ابدا لتعذر اعتبار جانب الاب واما
الجد فهل يجر ولا الحافد بان كان للاب الذي هو عبد اب عبد وهو جد الصبي

الفتية جمع الفتى وهم الشبان واللعس جمع لعس وهو الذي تضرب شفته الى السواد قليلا وذلك يستملح وقد لعس لعسا من حد علم اذا صار كذلك واعجبه اي راقه ظرفهم اي ظرافتهم وهي الكياسة طلبه

فاعتق

فاعتق الجد والاب عبد على حاله قال عامة العلماء لا يجر ولا يكون مسلما باسلام
الجد وولا اولاد ابنه العبد لموالي الام لا لموالي الجد وعن الشعبي يجر ويكون
مسلما باسلام الجد وجه قوله ان الجد يقوم مقام الاب في الولاية فان
الاب اذا كان عبدا تتحول الولاية الى الجد فكذا يقوم مقامه في جر الولا والاسلام م
ولنا ان الاب فاصل بين الابن والجد فلا يكون الابن تابعا له في الولا
والاسلام ولان الجد لو جر الولا لكان لا يثبت الولا لموالي الام راسا اذ لا شك ان
اصله يكون حرا اما الجد اب الاب او من قبله من الاجداد الى ادم صلوات الله
عليه وسلامه فلما ثبت الولا لموالي الام في الجملة دل ان الجد لا يجر وكذا لا يصير
مسلما باسلام الجد لانه لو صار مسلما باسلامه لصار مسلما باسلام جد
الجد ولكان الناس كلهم مسلمين باسلام ادم عليه السلام وينبغي ان لا يجوز
استرقاق احد والمعلوم بخلافه فثبت ان القول بجعل الولد تابعا للجد
في الولا باطل فصل واما بيان قدره فالولا يثبت بقدر العتق لان سبب
ثبوته العتق والحكم يتقدر بقدر السبب وبيانه في العبد المشترك بين
اثنين اعتق احدهما نصيبه وهو موسر او معسر وقد ذكرنا الاختلاف
فيه في كتاب العتاق بناء على عدم تجزي العتق وعدم تجزيه والله الموفق
فصل واما بيان حكم الولا فله احكام منها الميراث وهو ان يرث
المعتق مال المعتق لما ذكرنا من الادلة ويرث مال اولاده عند وجود
شرط الارث وهو ما ذكرنا ومنها تحمل العقل للتقصير في النصرة والحفظ
ومنها ولاية الانكاح لانه اخر العصبات ثم اذا ورث المعتق مال المعتق
فان كان المعتق معلوما يدفع اليه وان لم يعلم يوقف الولا كما اذا اشترى
رجل عبدا ثم ان المشتري اقر ان البائع كان قد اعتقه قبل ان يبيعه فهو
حر وولاوه موقوف اذا جحد البائع ذلك فان صدقه بعد ذلك لزمه
الولا وعليه ان يرد الثمن على المشتري وكذلك ان صدقه بعد ذلك ورثته
بعد موته اما حرية العبد فان اعتاق البائع ان لم يثبت في حق البائع باقرار
المشتري لتكذيب البائع اياه فقد ثبت في حقه لانه في اقراره على نفسه
مصدق وان لم يصدق على غيره فيثبت اعتاق البائع في حقه وتثبت
حرية العبد في حقه لكن ليس له ان يرجع بالثمن على البائع لان اقراره بالاعتاق
لم ينفذ في حقه لتكذيبه اياه فلم يثبت عتق العبد في حقه واما كون
الولا موقوفا فلانه لا يمكن اثباته للمشتري لانه لم يوجد منه الاقرار باعتاق العبد

من نفسه ولا يملك اثباته للبايع لان اقرار المشتري لم ينفذ عليه فلم يكن العتق
معلوما فبقي ولا العبد موقوفا على تصديق البايع له فان صدقه البايع لزمه
الولا لوجود الاعتاق منه باقراره ولزمه رد الثمن الى المشتري لانه تبين انه
باع حرا وكذا اذا مات البايع فصدق ورثته المشتري لان ورثته قاموا
مقام الميت فصار تصديقهم كتصديق الميت هذا اذا اقر المشتري باعتاق
البايع فان اقر بتدبيره وانكر البايع فمات البايع عتق العبد لان اقرار المشتري
بتدبير البايع اقرار منه باعتاقه العبد بعد موته فاذا مات نفذ اقراره في
حقه وان لم ينفذ في حق البايع لما بينا فيحكم بحرية العبد على المشتري وولاوه
يكون موقوفا لما قلنا الا اذا صدقه ورثة البايع بعد موته فيلزم الولا البايع
استحسانا والقياس ان لا يلزمه في هذا وفي الوجه الاول ايضا وجه القياس
ان الولا للميت ولم يثبت فالورثة بالتصديق يريدون اثبات ولا لم يثبت
له فلا يملكون اثبات النسب عليه وجه الاستحسان ان تصديقهم اقرار منهم بما
يملكون انشا سببه في الحال لانهم يملكون اعتاق العبد للحال فكان اقرارا على
انفسهم بثبوت الولا لهم في الحقيقة فيصح اقرارهم وكذلك امة بين رجلين
شهد كل واحد منهما انها ام ولد من صاحبه وصاحبه ينكر فاذا مات احدهما
عتقت وولاوها موقوف اما العتق فلان كل واحد منهما اقر على صاحبه
بعتقها عند موت صاحبه فيصح اقرار كل واحد منهما في حق نفسه ويكون
ولاوها موقوفا لان كل واحد منهما نفى الولا عن نفسه والحقه بصاحبه
فانتفى عن نفسه ولم يلتحق بصاحبه فبقي موقوفا وكذلك عبد بين رجلين
قال كل واحد منهما لصاحبه انك قد اعتقت هذا العبد وجحد الاخر فالعبد
حر وولاوه موقوف حتى لو مات وترك مالا لم يرثه واحد منهما ويوقف
في بيت المال الى ان يصدق احدهما صاحبه لما قلنا وعلى هذا مسايل
ثم كل ولا موقوف فميراثه يوقف في بيت المال وجناية العبد على نفسه
لا يعقل عنه بيت المال وانما يوقف ميراثه لبيت المال لان ولاه موقوف
لا يعرف لمن هو وكان ميراثه موقوفا ايضا لانه يثبت به فيوقف في بيت المال
كاللقطة واما جنايته فانما لا يحمل عنه بيت المال لان له عاقلة غير بيت
المال وهو نفسه فلا يجوز حمل عقله على بيت المال ويصير هو عاقلة نفسه
في هذه الحالة لجهالة مولاه بخلاف الميراث لانه لا يمكن اثباته لغير مستحقه ولا
يستحق الا احدهما وهو غير معلوم فيوضع في بيت المال ضرورة وهذا بخلاف

م وورثته م

م ذلك كالا يملكون م

م في حق انفسهم بثبوت الولاء ٣

اللقيط

اللقيط انه يرثه بيت المال ويعقل عنه ايضا لان هاهنا كان ولاوه ثابتا من
انسان الا انه لا يعرف وانما يجعل العقل على بيت المال اذا لم يكن له ولا ثابت
لان ميراثه يوضع في بيت المال لانه مال ضايع ولم يثبت ولا اللقيط من
احد فكان عقله على بيت المال كما ان ميراثه لبيت المال فصل واما
بيان ما يظهر به الولا فالولا يظهر بالبينة مرة وبالاقرار اخرى اما البينة فنحو
ان يدعي رجل انه وارثه بولا العتاقة فشهد له شاهدان ان هذا الحي اعتق
هذا الميت وهو يملكه وهو وارثه لا يعلمون له وارثا غيره جازت الشهادة لانهم
شهدوا شهادة مفسرة لا جهالة فيها فقبلت ولو شهدوا ان الميت مولاه وانه
وارثه لا وارث له غيره لم تجز الشهادة حتى يفسروا الولا لان الولا مختلف قد يكون
ولا عتاقة وقد يكون ولا موالاة واحكامهما مختلفة فما لم يفسروا كان مجهولا
فلا تقبل الشهادة عليه وكذلك لو شهدوا ان الميت مولاه مولى العتاقة لم
يجز ايضا لان مولى العتاقة نوعان اعلى واسفل فلا تقبل الشهادة الا بالبيان
والتفسير ولو ادعى رجلان ولاءه بالعتق واقام كل واحد منهما البينة جعل
ميراثه بينهما لانهما استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوى والحجة
فيستويان في الاستحقاق ولو وقتا فالسابق وقتا اولى لانه اثبت
العتق في وقت لا ينازعه فيه صاحبه وكان الثاني مستحقا عليه ولو
كان هذا في ولا الموالاة كان صاحب الوقت الاخير اولى لان ولا الموالاة يحتمل
النقض والفسخ فكان عقد الثاني نقضا للاول الا ان يشهد شهود صاحب
الوقت الاول انه كان قد عقل عنه لانه حينئذ لا يحتمل النقض فاشبه ولا العتاقة
وان اقام رجل البينة انه اعتقه وهو يملكه لا يعلمون له وارثا غيره فقضى له القاضي
بميراثه وولايه ثم اقام اخر البينة على مثل ذلك لم يقبل الا ان يشهدوا انه
اشتراه من الاول قبل ان يعتقه ثم اعتقه وهو يملكه فيبطل قضا الاول
لان الاصل ان القاضي اذا قضى بقضية فانه لا يسمع ما ينافيها الا اذا تبين ان
القضا الاول كان باطلا فاذا لم يشهدوا انه اشتراه من الاول قبل ان يعتقه
لم يتبين بطلان القضا الاول فلا تقبل البينة من الثاني الا اذا قامت على
الشرا من الاول قبل ان يعتقه فتقبل ويقضي للثاني ويبطل قضاوه للاول
لانه تبين بهذه الشهادة ان الاول اعتق ما لا يملك فتبين انه وقع باطلا
وصح الثاني واما الاقرار فنحو ان يقر رجل انه مولى عتاقة من فوق او من تحت
وصدقه الاخر فهو مولاه يرثه ويعقل عنه قومه لان الولاء سبب يتوارث به

م واسم المولى يستعمل في كل واحد منهما على السواء م

م مولى العلو ص

فيصح الاقرار به كالنسب والنكاح وان كان له اولاد كبار فانكروا ذلك فقالوا
ابونا مولى عتاقة لفلان اخر فالاب يصدق على نفسه والاولاد يصدقون
على انفسهم لانه لا ولاية للاب على الاولاد الكبار فلا ينفذ اقراره عليهم ويصح
اقرارهم على انفسهم لان لهم ولاية على انفسهم وان كان الاولاد صغارا كان
الاب مصدقا عليهم لان له ولاية على اولاده الصغار الا ترى انه لو عقد مع انسان
عقد الولا تبعه اولاده الصغار وان كذبته الام ونفت ولاه لم يلتفت الى
قولها ويوخذ بقول الاب لان الاب اذا كان حيا كان الولاية له والولا يشبه
النسب والنسب الى الابا وكذلك ان قالت هم ولدي من غيرك لم تصدق لانهم
في يد الاب دون الام فلا تصدق انهم لغيره فان قالت ولدته بعد عتقي
بخمسة اشهر فهو مولى لموالي وقال الزوج ولدتيه بعد عتقك لستة
اشهر فالقول قول الزوج لان الولد ظهر في حال يكون ولاوه لمولى الاب والمراة
تدعي انها ولدت في حال يكون ولاوه لمولى الام وكان الحال شاهدا للزوج فلا
يقبل قولها الا ببينة ونظير هذا الزوج والمراة اذا اختلفا فقال احدهما كان
النكاح قبل ستة اشهر والولد من الزوج وقال الاخر كان النكاح منذ اربعة
اشهر فالقول قول الذي يدعي ان النكاح قبل ستة اشهر لان الولد ظهر في
حال ثبات النسب من الزوج وهو حالة قيام النكاح ويصح الاقرار بولا العتاقة
في الصحة والمرض لانه سبب التوارث فيستوي فيه الصحة والمرض كالنسب
والنكاح ولو قال اعتقني فلان او فلان وادعى كل واحد منهما على صاحبه فهذا
الاقرار باطل لانه اقرار لمجهول فان اقر بعد ذلك لاحدهما او لغيرهما انه
مولاه جاز لان اقراره للاول وقع باطلا لجهالة المقر له والولا لا يثبت من
المجهول كالنسب فبطل والتحق بالعدم فبعد ذلك له ان يقر لمن يشا والله
الموفق فصل واما ولا الموالاة فالكلام فيه في مواضع في بيان ثبوته
شرعا وفي بيان سبب الثبوت وفي بيان شرايط السبب وفي بيان صفة
السبب وفي بيان حكمه وفي بيان صفة الحكم وفي بيان ما يظهر به اما
الاول فقد اختلف في ثبوت هذا الولا قال اصحابنا انه ثابت ويقع به التوارث
وهو قول عمر وعلي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم وهو قول ابراهيم
النخعي وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه انه لا يورث به ويوضع في بيت المال
وبه اخذ مالك والشافعي وجه قولهما ان في عقد الولا ابطال حق جماعة
المسلمين لانه اذا لم يكن للعاقد وارث كان ورثته جماعة المسلمين الا ترى

انهم

انهم يعقلون عنه فقاموا مقام الورثة المعينين وكما لا يقدر على ابطال حقهم
لا يقدر على ابطال حق من قام مقامهم ولهذا قلنا اذا اوصى بجميع ماله لانسان
ولا وارث له لا يصح لانه اذا لم يكن له وارث معين كان وارثه جماعة المسلمين
فلا يملك ابطال حقهم فكذا هذا والصحيح قولنا بالكتاب والسنة والمعقول
اما الكتاب فقوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم فاتوهم نصيبهم والمراد من
النصيب الميراث لانه اضاف النصيب اليهم فيدل على قيام حق مقدر لهم في
التركة وهو الميراث لان هذا معطوف على قوله ولكل جعلنا موالي مما ترك الوالدان
والاقربون لكن عند عدم ذوي الارحام عرفناه بقوله تعالى في سورة الانفال
واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله واما السنة فما روي عن تميم
الداري انه قال سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم عمن اسلم على يدي رجل ووالاه
فقال عليه السلام هو احق الناس به محياه ومماته اي حال حياته وحال موته
اراد به محياه في العقل ومماته في الميراث واما المعقول فهو ان بيت المال
انما يرث بولا الايمان فقط لانه بيت مال المسلمين قال الله تعالى والمومنون
والمومنات بعضهم اولياء بعض وللمولى هذا الولا وولا اخر بالمعاقدة فكان
اولى من عامة المومنين الا ترى ان موالي العتاقة اولى من بيت المال لتساوي
في ولا الايمان والترجيح بولا العتق كذا هذا الا ان مولى الموالاة يتاخر عن سائر
الاقارب ومولى العتاقة يتقدم على ذوي الارحام لان الولا بالرحم فوق الولا
بالعقد فيتخلف عن ذوي الارحام وولا العتاقة بما تقدم من النعمة بالاعتاق
الذي هو احياء وايلاد معنى الحق بالتعصيب من حيث المعنى ولذلك
قال صلى الله عليه وسلم الولا لحمة كلحمة النسب واما قولهما ان جماعة
المسلمين ورثته فلا يقدر على ابطال حقهم بالعقد قبل المعاقدة فاما بعد
المعاقدة فلا والدليل على بطلان هذا الكلام انه تصح وصيته بالثلث
ولو كان كذلك لما صح لانه وصية للوارث فصل واما سبب ثبوته
فالعقد وهو الايجاب والقبول وهو ان يقول الذي اسلم على يد انسان
له او لغيره انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا اجنيت فيقول
قبلت او يقول له واليتك فيقول قبلت سواء كان ذلك للذي اسلم على يديه
او لاخر بعد ان ذكر الارث والعقل في العقد ولو اسلم على يد رجل ولم يواله
ووالى غيره فهو مولى الذي والاه عند عامة العلما وعند عطا هو مولى
الذي اسلم على يديه والصحيح قول العامة لقوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم

فنقول انما يصيرون ورثته اذا مات صح

عند عامة العلماء وقال عطاء السبب هو نفس الاسلام على يديه حتى لو اسلم على يدي انسان ولم يواله فولاؤه موقوف عند عامة العلماء لعدم العقد وعند عطاء ولاؤه للذي اسلم على يديه صح

فانوهم نصيبهم جعل الولا للعاقد كذا ولم ينقل ان الصحابة اثبتوا الولا بنفس
الاسلام وكذا الناس كانوا يسلمون علي عهد رسول الله صلي الله عليه وسلم والصحابة
والتابعين وكان لا يقول احد لمن اسلم علي يد احد انه ليس له ان يوالي غير
الذي اسلم علي يديه فثبت ان نفس الاسلام علي يد رجل ليس بسبب لثبوت
الولا له بل السبب هو العقد فما لم يوجد لا يثبت الارث والعقل
فصل واما شرايط العقد فمنها عقل العاقدين اذ لا صحة للايجاب
والقبول بدون العقل واما البلوغ فهو شرط الانعقاد في جانب الايجاب
فلا ينعقد الايجاب من الصبي وان كان عاقلا حتي لو اسلم الصبي العاقل
علي يدي رجل ووالاه لم يجز وان اذن ابوه الكافر بذلك لان هذا عقد
وعقود الصبي العاقل انما تقف علي اذن وليه ولا ولاية للاب الكافر
علي ولده المسلم فكان اذنه والعدم بمنزلة واحدة ولهذا لا تجوز ساير عقوده
باذنه كالبيع ونحوه كذا عقود المولاة فاما من جانب القبول فهو شرط النفاذ
حتي لو والا بالغ صبيا فقبل الصبي ينعقد موقوفا علي اجازة ابيه او وصيه
فان اجاز جاز لان هذا نوع عقد وكان قبول الصبي فيه بمنزلة قبوله في
ساير العقود فيجوز باذن وليه ووصيه كساير العقود وللاب والوصي ان
يقبلا عنه كما في البيع ونحوه وكذلك لو والي رجل عبدا فقبل العبد وقف علي
اجازة المولي فاذا اجاز جاز الا ان في العبد اذا اجاز المولي فالولا من المولي
وفي الصبي اذا اجاز الاب او الوصي يكون الولا من الصبي وانما كان كذلك
لان العبد لا يملك شيا فوقع قبوله لمولاه الا تري انه لو اشتري شيا كان
المشتري لمولاه فاما الصبي فهو من اهل الملك الا تري انه لو اشتري شيا كان
المشتري له ولو والي رجل مكاتبا جاز وكان للمولي المكاتب لان قبول
المكاتب صحيح الا تري انه يملك الشرا فجاز قبوله الا ان الولا يكون للمولي لان
المكاتب ليس من اهل الولا الا تري انه لو كاتب عبدا فادي وعتق كان الولا للمولي
بخلاف الصبي فانه من اهل الولا الا تري ان الاب لو كاتب عبد ابنه الصغير
فادا وعتق يكون الولا من الابن واما الاسلام فليس بشرط لجواز هذا العقد
فيجوز موالاة الذمي الذمي والذمي المسلم والمسلم الذمي لان الموالاة بمنزلة
الوصية بالمال ولو اوصي ذمي لذمي او لمسلم او مسلم لذمي جازت الوصية
كذا الموالاه وكذا الذمي اذا والي ذميا ثم اسلم الاسفل جاز لما قلنا وكذا الذكورة
ليست بشرط فيجوز موالاة الرجل امراه والمراة رجلا وكذا دار الاسلام

حتي

حتي لو اسلم حربي فوالاه مسلم في دار الاسلام او في دار الحرب لان الموالاة عقد
من العقود فلا يختلف بالذكورة والانوثة وبدار الاسلام وبدار الحرب ومنها
ان لا يكون للعاقد وارث وهو ان لا يكون له من اقاربه من يرث منه فان كان لا
يصح العقد لان القرابة اقوي من العقد ولقوله تعالي واولوا الارحام بعضهم
اولي ببعض في كتاب الله وان كان له زوج او زوجة يصح العقد ويعطي نصيبها
والباقي للمولي ومنها ان لا يكون من العرب حتي لو والي عربي رجلا من غير
قبيلته لم تكن موالاة ولكن ينسب الي عشيرته وهم يعقلون عنه لان جواز
الموالاة للتناصر والعرب يتناصرون بالقبايل وانما تجوز موالاة العجم
لانهم ليس لهم قبيلة فيتناصرون بها فتجوز موالاتهم لاجل التناصر واما
الذي هو من العرب فله قبيلة ينصرونه والنصرة بالقبيلة اقوي فلا يصير
مولي ولهذا لم يثبت عليه ولا العتاقة كذا ولا الموالاة لانه لما لم يثبت عليه ولا
العتاقة مع انه اقوي فولا الموالاة اولي وكذا لو والت امراة من العرب رجلا
من غير قبيلتها لما بينا ومنها ان لا يكون من موالي العرب لان موالي**هم** منهم
لقول النبي صلي الله عليه وسلم ان مولي القوم منهم ومنها ان لا يكون معتق احد
فان كان لا يصح منه عقد الموالاة لان ولا العتاقة اقوي من ولا الموالاة لانه لا
يلحقه الفسخ وولا الموالاة يلحقه الفسخ فلا يجوز رفع الاقوي بالاضعف
ومنها ان لا يكون قد عقل عنه غير الذي يواليه فان كان قد عقل عنه لم يجز
موالاته سوا كان عاقد غيره فعقل عنه او عقل عنه بيت المال حتي لو مات
كان ميراثه لمن عاقده او لمن عقل عنه او لبيت المال لانه لما عاقد غيره فعقل عنه فقد
تاكد عقده ولزم وخرج عن احتمال النقض والفسخ لما نذكر فلا تصح معاقدة
غيره وكذا اذا عقل عنه بيت المال لانه لما عقل عنه فقد صار ولاوه لجماعة
المسلمين فلا يملك تحويله الي واحد منهم بعينه وان كان عاقد غيره ولم يعقل
عنه جاز عقده مع اخر لان مجرد العقد بدون العقل غير لازم فكان اقدامه علي
الثاني فسخا للاول فصل واما صفة العقد فهو انه عقد جايز غير لازم
حتي لو والي رجلا كان له ان يتحول عنه بولايه الي غيره لانه عقد لا يملك به شيا فلم يكن
لازما كالوكالة والشركة ولانه بمنزلة الوصية بالمال والوصية غير لازمة فكذا
عقد الولا الا اذا عقل عنه لانه اذا عقل عنه فقد تاكد العقد بقضا القاضي
وفي التحول الي غيره فسخ القضا به ولا يملك فسخ القضا وكذا له ان يفسخه صريحا
قبل ان يعقل عنه لان كل عقد غير لازم لكل واحد من العاقدين فسخه كساير العقود

التي هي غير لازمة ولان كل عقد يجوز لاحد العاقدين فسخه يجوز للاخر كسائر العقود
القابلة للفسخ وها هنا يجوز لاحد العاقدين فسخه وهو القابل فكذا للاخر
الا انه ليس له ان يفسخه الا بحضرة الاخر او بعلمه لانه تعلق به حق الاخر فلا
يملك انتقاضه مقصودا من غير علمه كعزل الوكيل مقصودا من غير علمه الا ان
يوالي الاسفل اخر فيكون ذلك نقضا دلالة وان لم يحضر صاحبه او انتقاضا ضرورة
لانه لا يملك موالاة غيره الا بانفساخ الاول فينفسخ الاول دلالة او ضرورة وقد م دلالة او م
يثبت الشي ضرورة وان كان لا يثبت قصدا كمن وكل رجلا ببيع عبده ثم عزله
والوكيل غايب لم يعلم به لم يصح عزله ولو باع العبد او اعتقه انعزل الوكيل علم
او لم يعلم فكذا هذا والله الموفق **فصل** واما حكم العقد فالعقل في حال
الحياة والارث بعد الموت وهو ان المولى الاعلى يعقل عنه في حال حياته ويرثه بعد
موته فيرث الاعلى من الاسفل عندنا لما ذكرنا من الدلايل فيما تقدم ويرث الاسفل من الاعلى
ايضا اذا شرطا ذلك في المعاقدة بخلاف ولا العتاقة ان هناك يرث الاعلى من
الاسفل ولا يرث الاسفل من الاعلى لان سبب الارث هناك وجد من الاعلى لا من
الاسفل وهو العتق والسبب ها هنا العقد وقد شرط فيه التوارث من الجانبين
فيعتبر ذلك لقوله عليه السلام المومنون عند شروطهم وكما يثبت حكم الولا في
الرجال يثبت في الاولاد الصغار تبعا له حتى لو والى انسانا وله اولاد صغار صاروا موالي
للذي والاه الاب وكذا اذا والى انسانا ثم ولد له اولاد دخلوا في ولا الاب بطريق
التبعية ولان للاب ولاية على ولده الصغير فينفذ عقده عليه ولا يصير اولاده
الكبار موالي لموالاة الاب لانقطاع التبعية والولاية بالبلوغ حتى لو والى الاب
انسانا وله ابن كبير فوالى رجلا اخر فولاوه له لا لموالي ابيه ولو كبر بعض
اولاده الصغار وارادوا التحول عنه الى غيره فان كان المولى قد عقل عنه او عن
ابيه او عن احد من اخوته لم يكن له ان يتحول فان لم يكن عقل عن احد منهم كان له
ذلك اما جواز التحول عند عدم العقل فلانه لو كان كبيرا وقت عقد الاب
لجاز له التحول فكذا اذا كبر بعد العقد لان المانع من السراية في الحالين واحد
وهو عدم التبعية والولاية واما عدم الجواز عند العقل فلما ذكرنا من اتصال قضا
القاضي به وفي التحول فسخه وهذا لا يجوز فيلزم ضرورة ولو عاقدت امراة الاب
عقد الولا ولها اولاد صغار لا يصيرون موالي الذي والته امهم لانه لا يشبه الام في هذا الباب م اولاد م
لانه ليس للام الولاية على اولادها الصغار الا ترى انها لا تشتري لهم ولا تبيع عليهم
وللاب ان يفعل ذلك وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي الخلاف فقال

يثبت

يثبت حكم ولايها في اولادها الصغار في قول ابي حنيفة وعندهما لا يثبت ولو والى
رجل رجلا ثم ولد له من امراة قد والت رجلا فولا الولد لموالي الاب لانه اجتمع
ولاان ولا الاب وولا الام فترجح جانب الاب لان للاب ولاية عليهم ولا ولاية للام
الا ترى ان للاب ان يعقد على ولده عقد البيع والنكاح وليس للام ذلك فكذا
عقد الولا وكذلك لو والته وهي حبلى ولا يشبه هذا ولا العتاقة لان في ولا
العتاقة اذا اعتقها وهي حبلى ثبت الولا بالعتق والعتق يثبت في الولد
كما يثبت في الام فكان للولد ولا بنفسه لكونه اصلا في العتق فاما في ولا الموالاة
يثبت الولا م بالعقد وعقدها لا يجوز على ما في بطنها فلم يصر الولد اصلا
في الولا فكان تبعا للاب في الولا كما في المسلة الاولى وكذلك لو كان لهما اولاد
الام صغار فوالت انسانا ثم والى الاب اخر فالاولاد لمولى الاب لما قلنا ذمية اسلمت
فوالت رجلا ولها ولد صغير من ذمي لم يكن ولا ولدها لمولاها في قول ابي يوسف
ومحمد وفي قياس قول ابي حنيفة يكون ولا ولدها لمولاها بمنزلة العتاقة
وجه قولهما ان الام لا ولاية لها على الولد بدليل انه لا يجوز لها ان تعقد على
ولدها عقد البيع والنكاح فكذلك عقد الولا ولابي حنيفة ان الذمي لا ولاية له على
ولده المسلم فتعذر اثباته الولا من الاب والولا اذا تعذر اثباته من جهة الاب
م اذا كان الاب عبدا او كا م يثبت من جهة الام كما في ولا العتاقة اذا كان الاب عبدا ولو قدم حربي الينا
بامان فاسلم ووالى رجلا ثم سبي ابنه فاعتق لم يجر ولا الاب وان سبي ابوه
فاعتق جر ولا ابنه الى مواليه لان الابن يتبع الاب في الولا لما ذكرنا فاما الاب
فلا يتبع الابن لانه لا ينسب اليه وانما ينسب الابن الى ابيه فان كان ابن الابن
اسلم ووالى رجلا لم يجر الجد ولاه وذكر في الاصل وقال لان الجد لا يجر الولا فان
الولا يجر بجر ولا ابيه فيجر بجره ولا ابيه ولاه وقال الحاكم الشهيد رحمه الله
وجه هذه المسلة ان يكون الاسفل مواليا والاوسط حربيا والجد معتقا
فلا يجر ولا الاسفل الا ان يسلم الاوسط ويوالي فيجر الجد ولاه وولا الاسفل يجر
ولاه ولو اسلم حربي او ذمي على يد رجل ووالاه ثم اسلم ابنه الكبير على يدي
رجل اخر ووالاه كان كل واحد منهما مولى للذي والاه ولا يجر بعضهم الى بعض
وليس هذا كالعتاق انه اذا اعتق ابوه جر ولا الولد الى نفسه لان ها هنا ولا كل
واحد منهما ثبت بالعقد وعقد كل واحد منهما يجوز على نفسه ولا يجوز على غيره
اقوى م وهناك ولا الولد ثبت بالعقد وولا الاب ثبت بالعتق وولا العتق اولى من
م ولا م ولا الموالاة فيستتبع الاقوى الاضعف وها هنا بخلافه لان كل واحد منهما ليس

اقوى من صاحبه لثبوت كل واحد منهما بالعقد فهو الفرق فصل واما صفة ولاء م
الحكم فهو ان الولاء الثابت بهذا العقد لا يحتمل التمليك بالبيع والهبة والصدقة
والوصية لانه ليس بمال فلا يكون محلا للبيع كالنسب ولا العتاقة ولقوله صلى الله
عليه وسلم الولاء لا يباع ولا يوهب حتى لو باع رجل ولاء موالاة او عتاقة بعبد وقبضه
ثم اعتقه كان اعتاقه باطلا لانه قبضه بغير بدل اذ الولاء ليس بمال فلم يملكه
فلم يصح اعتاقه كما لو اشترى عبدا بميتة او دم ثم قبضه واعتقه ولو باع المولى او دم م
الاسفل ولاء من اخر او وهبه لا يكون ذلك بيعا ايضا وهبة لما قلنا لكنه يكون
نقضا للولاء الاول وموالاة لهذا الثاني لان الموالاة لا يعتاض عنها فبطل العوض
وبقي الولاء فيكون موالاة بينه وبين الثاني كما لو سلم الشفعة بمال صح التسليم لكن لا قوله م
يجب المال فصل واما بيان ما يظهر به فانه يظهر بما يظهر به ولاء
العتاقة وهو الشهادة المفسرة والاقرار سوا كان الاقرار في الصحة او في المرض لانه
غير متهم في اقراره اذا لم يكن له وارث معلوم فيصح اقراره كما تصح وصيته
بجميع ماله اذا لم يكن له وارث معلوم ولو مات رجل فاخذ رجل ماله وادعى انه
وارثه ليس للقاضي ان يمنعه منه اذا لم يخاصمه احد لان القاضي لا يدري انه لبيت المال
او لغيره وهو يدعي انه له ولا مانع عنه فلا يتعرض له فان خاصمه احد سال له
القاضي البينة لانه لا يد له فكان مدعيا فعليه البينة والله اعلم كتاب
الاجارات الكلام في هذا الكتاب يقع في سبع مواضع في بيان جواز الاجارة بلغ
وفي بيان ركن الاجارة وفي بيان شرايط الركن وفي بيان صفة الاجارة وفي بيان حكم
الاجارة وفي بيان حكم اختلاف العاقدين في عقد الاجارة وفي بيان ما ينتهي به عقد الاجارة
اما الاول فالاجارة جايزة عند عامة العلما وقال ابو بكر الاصم انها لا تجوز والقياس
ما قاله لان الاجارة بيع المنفعة والمنافع للحال معدومة والمعدوم لا يحتمل البيع
ولا يجوز اضافة البيع الى ما يوجد في المستقبل كاضافة البيع الى اعيان توجد
في المستقبل فاذا لا سبيل الى تجويزها لا باعتبار الحال ولا باعتبار المال فلا جواز
لها راسا لكنا استحسنا الجواز بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى
خبرا عن ابي المراتين اللتين سقى لهما موسى عليه السلام قال اني اريد ان انكحك
احدى ابنتي هاتين على ان تاجرني ثماني حجج اي على ان تكون اجيرا لي او على ان تجعل
عوض من تزوجي ابنتي اياك رعي غنمي ثماني حجج يقال اجره الله يأجره اي عوضه
واثابه وقوله خبرا عن تلك المراتين قالت احداهما يا ابت استاجره ان خير من
استاجرت القوي الامين وما قص الله تعالى علينا من شرايع من قبلنا من غير

نسخ

نسخ يصير شريعة لنا مبتداة ويلزمنا على انه شريعة من قبلنا لما عرف في م شريعتنا لا على انه م
اصول الفقه وقوله فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من
فضل الله والاجارة ابتغا الفضل وقوله ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم
وقد قيل نزلت الاية في حج المكاري فانه روي ان رجلا جا الى ابن عمر رضي الله عنه
فقال انا قوم نكري ونزعم ان ليس لنا حج قال الستم تحرمون وتقفون وترمون
قال نعم فقال انتم حجاج ثم قال سال رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سالتني
فلم يجبه حتى انزل الله تعالى ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم فقال رسول ان م
الله صلى الله عليه وسلم انتم حجاج وقوله في استيجار الظئر وان اردتم ان تسترضعوا
اولادكم فلا جناح عليكم نفى الجناح عمن يسترضع ولده والمراد منه الاسترضاع
بالاجرة دليله قوله اذا سلمتم ما اتيتم بالمعروف قيل اي الاجرة التي قبلتم
وقوله فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن وهذا نص في المطلقات واما
السنة فما روى محمد رحمه الله في الاصل عن ابي سعيد الخدري وابي هريرة رضي
الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يسام الرجل على سوم اخيه
ولا ينكح على خطبته ولا تناجشوا ولا تبايعوا بالقا الحجر ومن استاجر اجيرا فليعلمه
اجره وهذا منه تعليم شرط الجواز وهو اعلام الاجر فدل على الجواز وروي م صلى الله عليه وسلم م
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه
امر بالمبادرة الى اعطا اجر الاجير عقيب فراغه من العمل من غير فصل فدل م صلى الله عليه وسلم م
على جواز الاجارة وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث انا خصمهم م قال الله تعالى م
يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته رجل اعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا
فاكل ثمنه ورجل استاجر اجيرا فاستوفى منه ولم يعطه اجره وعن عايشة
رضي الله عنها انها قالت استاجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وابو بكر
رجلا من الديل هاديا خريتا وهو على دين كفار قريش فدفعا اليه على م بني م
راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث فاتاهما فارتحلا وانطلق
معهما عامر بن فهيرة والدليل الديلي فاخذ بهم طريق الساحل وادنى
ما يستدل بفعل النبي صلى الله عليه وسلم الجواز وروي ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم مر على رافع بن خديج وهو في حايطه فاعجبه فقال لمن هذا
الحايط فقال لي يا رسول الله استاجرته فقال عليه السلام لا تستاجره
بشي منه خص النهي باستيجاره ببعض الخارج منه ولو لم تكن الاجارة جايزة م صلى الله عليه وسلم م
اصلا لعم النهي اذ النهي عن المنكر واجب وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه

وسلم والناس يواجرون ويستاجرون فلم ينكر عليهم فكان ذلك تقريرا
منه والتقرير احد وجوه السنة واما الاجماع فان الامة اجمعت علي ذلك
قبل وجود الاصم حيث يعقدون عقد الاجارة من زمن الصحابة رضي الله
عنهم الي يومنا هذا من غير نكير فلا يعبا بمخالفته اذ هو خلاف الاجماع
وبه تبين ان القياس قد ترك ولان الله تعالي انما شرع العقود لحوايج
العباد وحاجتهم الي الاجارة ماسة لان كل احد لا يكون له دار مملوكة
يسكنها او ارض مملوكة يزرعها او دابة مملوكة يركبها وقد لا يمكنه تملكها
بالشرا لعدم الثمن ولا بالهبة ولا بالاعارة لان نفس كل احد لا تسمح بذلك
فيحتاج الي الاجارة فجوزت بخلاف القياس لحاجة الناس كالسلم ونحوه
تحققه ان الشرع شرع لكل حاجة عقدا يختص بها فشرع لتملك
العين بعوض عقدا وهو البيع وشرع لتملكها بغير عوض عقدا وهو الهبة
وشرع لتملك المنفعة بغير عوض عقدا وهو الاعارة فلو لم تشرع الاجارة مع
امتساس الحاجة اليها لم يجد العبد لدفع هذه الحاجة سبيلا وهذا خلاف
موضوع الشرع ~~فصل~~ واما ركن الاجارة ومعناها اما ركنها فالايجاب بيان م بلغ
والقبول وذلك بلفظ دال عليها وهو لفظ الاجارة والاستيجار والاكترا
والاكرا فاذا وجد ذلك فقد تم الركن والكلام في صيغة الايجاب والقبول
وصفتهما في الاجارة كالكلام فيهما في البيع وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيوع
واما معني الاجارة فالاجارة بيع المنفعة لغة ولهذا سماها اهل المدينة
بيعا وارادوا به بيع المنفعة ولهذا يسمي البدل في هذا العقد اجرة وسمي الله
تعالي بدل الرضاع اجرا بقوله فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن والاجرة
بدل المنفعة لغة ولهذا سمي المهر في باب النكاح اجرا بقوله فانكحوهن
باذن اهلهن واتوهن اجورهن بالمعروف اي مهورهن لان المهر بدل
منفعة البضع وسوا اضيفت الي الدور والمنازل والبيوت والحوانيت
والحمامات والفساطيط وعبيد الخدمة والدواب والثياب والحلي تفسير اجير الوحد والمشترك
والاواني والظروف ونحو ذلك او الي الصناع من القصار والخياط م والبنا ونحوهم صح
والصباغ والصايغ والنجار فالاجير قد يكون خاصا وهو الذي يعمل
لواحد وقد يكون مشتركا وهو الذي يعمل للعامة الناس وهو المسمي م وهو الذي يسمي باجير الوحد صح
بالاجير المشترك وذكر بعض المشايخ ان الاجارة نوعان اجارة علي المنافع
والاجارة علي الاعمال وفسر النوعين بما ذكرنا وجعل المعقود عليه في احد النوعين

المنفعة

المنفعة وفي الاخر العمل وهي في الحقيقة نوع واحد لانها بيع المنفعة
فكان المعقود عليه في ~~احد النوعين~~ المنفعة في النوعين جميعا الا ان المنفعة
تختلف باختلاف محل المنفعة فيختلف استيفاوها فاستيفاء
منافع المنازل بالسكني والاراضي بالزراعة والثياب والحلي باللبس
وعبيد الخدمة بالخدمة والدواب بالركوب والحمل والظروف م والالا
والاواني بالاستعمال والصناع بالعمل من الخياطة والقصارة ونحوها
وقد يقام فيه تسليم النفس مقام الاستيفا كما في اجير الوحد حتي لو سلم
نفسه في المدة ولم يعمل يستحق الاجر واذا عرف ان الاجارة بيع
المنفعة فيتخرج عليه بعض المسايل فنقول لا تجوز اجارة الشجر والكرم
للثمر لان الثمر عين والاجارة بيع المنفعة لا بيع العين ولا تجوز اجارة
الشاة للبنها او سمنها او صوفها او ولدها لان هذه اعيان فلا تستحق
بعقد الاجارة وكذا اجارة الشاة لترضع جديا او صبيا لما قلنا ولا تجوز اجارة ما
في نهر او بير او قناة او عين لان الما عين فان استاجر القناة والعين
والبير مع الما لم يجز ايضا لان المقصود منه الما وهو عين ولا يجوز
استيجار الاجام التي فيها الما للسمك وغيره من القصب والصيد لان
كل ذلك عين وان استاجرها مع الما فهو افسد واخبث لان استيجارها
بدون الما فاسد فكان مع الما افسد ولا تجوز اجارة المراعي لان الكلا
عين فلا يحتمل الاجارة ولا تجوز اجارة الدراهم والدنانير ولا تبرهما
وكذا تبر النحاس والرصاص ولا استيجار المكيلات والموزونات
لانه لا يمكن الانتفاع بها الا بعد استهلاك اعيانها والداخل تحت الاجارة
المنفعة لا العين حتي لو استاجر الدراهم والدنانير ليعير بها ميزانا
او حنطة ليعير بها مكيالا او زيتا ليعير به ارطالا او امنانا وقتا معلوما
ذكر في الاصل انه يجوز لان ذلك نوع انتفاع بها مع بقا عينها فاشبه
استيجار سنجات الميزان وذكر الكرخي انه لا يجوز لفقد شرط اخر
وهو كون المنفعة مقصودة والانتفاع بهذه الاشيا من هذه الجهة
ليس بمقصود عادة ولا يجوز استيجار الفحل للضراب لان المقصود منه
النسل وذلك بانزال الما وهو عين وقد روي عن رسول الله الفحل صح
صلي الله عليه وسلم انه نهي عن عسب التيس اي كراوه لان العسب في اللغة
وان كان اسما للضراب لكن لا يمكن حمله عليه لان ذلك ليس بمنهي لما في النهي

عنه من قطع النسل وكان المراد منه كرا عسب الفحل الا انه حذف الكرا
واقام العسب مقامه كما في قوله تعالى واسأل القرية ونحو ذلك
ولو استاجر كلبا معلما ليصيد به او بازيا لم يجز لانه استيجار على
العين وهو الصيد وجنس هذه المسايل يخرج على هذا الاصل فان
قيل اليس ان استيجار الظير جايز وانه استيجار على العين وهو
اللبن بدليل انها لو ارضعته بلبن شاة لم تستحق الاجرة فالجواب
انه روي عن محمد ان العقد يقع على خدمة الصبي واللبن يدخل
على طريق التبع فكان ذلك استيجارا على المنفعة ايضا واستيفاوها
القيام بخدمة الصبي من غسله وغسل ثيابه والباسها اياه وطبخ
طعامه ونحو ذلك واللبن يدخل فيه تبعا كالصبغ في استيجار الصباغ
واذا ارضعته بلبن شاة فلم تات بما دخل تحت العقد فلا تستحق الاجر
كالصباغ اذا صبغ الثوب لونا اخر غير ما وقع عليه العقد انه لا
يستحق الاجر وذا لا يدل على ان المعقود عليه ليس هو المنفعة كذا هاهنا
ومن مشايخنا من قال ان المعقود عليه هناك هو العين وهو اللبن
مقصود او الخدمة تبع لان المقصود تربية الصبي ولا يتربى الا باللبن
فاجرى اللبن مجرى المنافع ولهذا لا يجوز بيعه وعلى هذا يخرج استيجار
الاقطع والاشل للخياطة بنفسه والقصاره والكتابة وكل عمل لا يقوم
الا باليدين واستيجار الاخرس لتعليم الشعر والادب والاعمى لنقط
المصاحف انه غير جايز لان الاجارة بيع المنفعة والمنفعة لا تحدث
عادة الا عند سلامة الالات وكذا استيجار الارض السبخة والنزة للزراعة والاسباب م
وهي لا تصلح لها لان منفعة الزراعة لا يتصور حدوثها منها عادة فلا
تقع الاجارة بيع المنفعة فلم تجز وعلى هذا يخرج استيجار المصحف انه
لا يجوز لان منفعة المصحف النظر فيه وقراة القران منه والنظر في
مصحف الغير وقراة القران منه مباح والاجارة بيع الاجارة والمباح لا يكون المنفعة م
محلا للبيع كالاعيان المباحة من الحطب والحشيش وكذا استيجار كتب
ليقرا فيها شعرا او فقها لان منافع الدفاتر النظر فيها والنظر في دفتر
الغير مباح من غير اجرة فصار كما لو استاجر ظل حايط خارج داره ليقعد
فيه ولو استاجر شيا من الكتب ليقرا فقرا لا اجر عليه لانعدام عقد
المعاوضة وعلى هذا ايضا تخرج اجارة الاجام للسمك والقصب واجارة المراعي

للكلا

للكلا وساير الاعيان المباحة انها غير جايزة لما قلنا والله اعلم فصل
واما شرايط الركن فانواع بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط النفاذ
وبعضها شرط الصحة وبعضها شرط اللزوم اما شرط الانعقاد فثلاثة
انواع نوع يرجع الى العاقد ونوع يرجع الى نفس العقد ونوع يرجع الى مكان
العقد اما الذي يرجع الى العاقد فالعقل وهو ان يكون العاقد عاقلا حتى
لا تنعقد الاجارة من المجنون والصبي الذي لا يعقل كما لا ينعقد البيع منهما
واما البلوغ فليس من شرايط الانعقاد ولا من شرايط النفاذ عندنا حتى
ان الصبي العاقل لو اجر ماله او نفسه فان كان ماذونا ينفذ وان كان
محجورا يقف على اجازة الولي عندنا خلافا للشافعي وهي من مسايل الماذون
ولو اجر الصبي المحجور نفسه وعمل وسلم من العمل استحق الاجر ويكون الاجر له
اما استحقاق الاجر فلان عدم النفاذ كان نظرا له والنظر بعد الفراغ
من العمل سليما في النفاذ فيستحق الاجرة ولا يهدر سعيه فيتضرر به وكان
الولي اذنا له بذلك دلالة بمنزلة قبول الهبة من الغير واما كون الاجرة المسماة
له فلانها بدل منافع هي حقه وكذا حرية العاقد ليست بشرط لانعقاد
هذا العقد ولا لنفاذه عندنا فينفذ عقد المملوك اذا كان ماذونا ويقف
على اجازة مولاه ان كان محجورا وعند الشافعي لا يقف بل يبطل واذا سلم من
العمل في اجارة نفسه او اجارة المولى وجب الاجر المسمى لما ذكرنا في الصبي
الا ان الاجر هاهنا يكون للمولى لان العبد ملك المولى والاجر كسبه وكسب
المملوك للمالك ولو هلك الصبي او العبد في يد المستاجر في المدة ضمن لانه
صار غاصبا حيث استعملهما من غير اذن الولي والمولى ولا يجب الاجر
لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان ولو قتل العبد او الصبي خطا فعلى عاقلته
الدية او القيمة وعليه الاجر في ماله لان ايجاب الاجرة هاهنا لا تؤدي الى الجمع
لاختلاف من عليه الواجب وللمكاتب ان يواجر ويستاجر لانه في مكاسبه
بلغ كالحر واما كون العاقد طايعا جادا عامدا فليس بشرط لانعقاد هذا
العقد ولا لنفاذه عندنا لكنه من شرايط الصحة كما في بيع العين واسلامه
من ليس بشرط اصلا فتجوز الاجارة والاستيجار من المسلم والذمي والحربي المستامن
لان هذا من عقود المعاوضة فيملكه الكافر والمسلم جميعا كالبياعات
غير ان الذمي اذا استاجر دارا من مسلم في المصر فاراد ان يتخذها مصلى
للعامة ويضرب فيها بالناقوس له ذلك ولرب الدار ولعامة المسلمين ان

ليس م

يمنعون على طريق الحسبة لما فيه من احداث شعائر لهم وانه تهاون بالمسلمين
واستخفاف بهم كما يمنع من احداث ذلك في دار نفسه في امصار المسلمين
ولهذا يمنعون من احداث الكنائس في امصار المسلمين قال النبي صلى الله عليه وسلم
لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة اي لا يجوز اخصاء الانسان ولا احداث الكنيسة
في دار الاسلام في الامصار ولا يمنع ان يصلي في نفسه من غير جماعة لانه ليس فيه ثم م
ما ذكرنا من المعنى الا ترى انه لو فعل ذلك في دار نفسه لا يمنع منه وان كانت
الدار بالسواد ذكر في الاصل انه لا يمنع من شيء من ذلك لكن قيل ان ابا حنيفة
انما اجاز ذلك في زمانه لان اكثر اهل السواد في زمانه كانوا اهل الذمة فكان
لا يؤدي ذلك الى الاهانة والاستخفاف بالمسلمين فاما اليوم بحمد الله تعالى فقد
صار السواد كالمصر فكان الحكم فيه كالحكم في المصر وهذا اذا لم يشترط
ذلك في العقد فاما اذا شرط بان استاجر ذمي دارا من مسلم في مصر من
امصار المسلمين ليتخذها مصلى للعامة لم تجز الاجارة لانها استيجار على
المعصية وكذا لو استاجر ذمي من ذمي ليفعل ذلك لما قلنا ولا باس باستيجار
ظئر كافرة والتي ولدت من فجور لان الكفر والفجور لا يؤثران في اللبن لان
لبنهما لا يضر بالصبي ويكره استيجار الحمقاء فان اللبن يفسد والظاهر م لقوله صلى الله عليه وسلم لا ترضع لكم الحمقاء م
ان المراد منه غير الام لان الولادة ابلغ من الرضاعة نهى وعلل بالافساد
لان حمقها المرض بها عادة ولبن المريضة يضر بالصبي ويحتمل ان النهي عن
ذلك لان لا يتعود الصبي بعادة الحمقاء لان الصبي يتعود بعادة ظئره والله
اعلم واما الذي يرجع الى نفس العقد ومكانه فما ذكرنا في كتاب البيوع
واما شرط النفاذ فانواع منها خلو العاقد عن الردة اذا كان ذكرا في قول
ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد ليس بشرط بناء على ان تصرفات المرتد
موقوفة عند ابي حنيفة وعندهما نافذة وتصرفات المرتدة نافذة في قولهم
جميعا وهي من مسائل كتاب السير ومنها الملك والولاية فلا تنفذ اجارة
الفضولي لعدم الملك والولاية لكنه ينعقد موقوفا على اجازة المالك عندنا
خلافا للشافعي والمسألة ذكرناها في كتاب البيوع ثم الاجازة انما تلحق الاجارة كالبيع م
الموقوفة بشرائط ذكرناها في كتاب البيوع منها قيام المعقود عليه وعلى
هذا يخرج ما اذا اجر الفضولي فاجاز المالك العقد انه ان اجاز قبل استيفاء
المنفعة جاز وكانت الاجرة للمالك لان المعقود عليه ما فات الا ترى انه لو
عقد عليه ابتداء بامره جاز فاذا كان محلا لانشاء العقد عليه كان محلا للاجازة

اذ الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وان اجاز بعد استيفاء المنفعة لم تجز اجازته المنفعة م
وكانت الاجرة للعاقد لان المنافع المعقود عليها قد انعدمت الا ترى انها قد
خرجت عن احتمال انشاء العقد عليها فلا يلحقها الاجازة وقد قال لو فيمن غصب
عبدا فاجره سنة للخدمة وفي رجل اخر غصب غلاما او دارا فاقام رجل البينة
انه له فقال المالك قد اجزت ازمن الاجارة ان كانت قد انقضت فالاجر م ما اجرت م
للغاصب لما ذكرنا ان المعقود عليه قد انعدم والاجازة لا تلحق المعدوم وان
كان في بعض المدة فالاجر الماضي والباقي لرب الغلام في قول ابي يوسف
وقال محمد اجر ما مضى للغاصب واجر ما بقي للمالك فابو يوسف بقي
نظر الى المدة فقال اذا بقي بعض المدة لم يبطل العقد فبقي محلا للاجازة
ومحمد نظر الى المعقود عليه فقال كل جزء من اجزاء المنفعة معقود عليه
حياله كانه عقد عليه عقدا مبتدا فالمنافع في الزمان الماضي انعدمت
فانعدم شرط لحوق الاجازة العقد فلا تلحقه الاجازة وقد خرج الجواب
عما ذكره ابو يوسف وقد قال محمد فيمن غصب ارضا فاجرها للزراعة
فاجاز صاحب الارض الاجارة ان اجرة ما مضى للغاصب واجرة ما بقي
للمالك وهو على ما ذكرنا من الاختلاف قال فان اعطاها مزارعة فاجازها
صاحب الارض جازت وان كان الزرع قد سنبل ما لم يستحصد ولا شيء للغاصب
من الزرع لان المزارعة بمنزلة شيء واحد لا ينفرد بعضها من بعض فكان اجازة
العقد قبل الاستيفاء بمنزلة ابتداء العقد واما اذا استحصد ~~العقد~~ الزرع انقضى تقادم م
عمل الزرع فلا يلحق العقد الاجازة واما الاستيجار من الفضولي فهو كشرائه
فان اضاف العقد الى نفسه كان المستاجر له لان العقد وجد نفاذا على
العاقد فنفذ عليه وان اضاف العقد الى من استاجر له ينظر ان وقعت
الاضافة اليه في الايجاب والقبول جميعا يتوقف على اجازته وان وقعت
الاضافة اليه في احدهما دون الاخر لا يتوقف بل ينفذ على العاقد لما ذكرنا
في البيوع بخلاف الوكيل بالاستيجار انه يقع استيجاره للموكل وان اضاف العقد
الى نفسه والفرق على نحو ما ذكرنا في كتاب البيوع وعلى هذا يخرج اجارة الوكيل
انها نافذة لوجود الولاية بانابة المالك اياه مناب نفسه فينفذ كما لو فعله
الموكل بنفسه وله ان يؤاجر من ابن الموكل وابيه لان للموكل ذلك لاختلاف
ملكيهما كذا الوكيل وله ان يؤاجر من مكاتبه لان للمولى ان يؤاجر منه لانه لا
يملك ما في يده فكذا الوكيل واما العبد المأذون فان لم يكن عليه دين فلا

يملك ان يواجر منه لان المولى لا يجوز له ذلك لان كسبه ملكه فكذا الوكيل وان كان
عليه دين فله ذلك اما عند ابي حنيفة فلان المولى لا يملك ما في يده فكان
بمنزلة المكاتب فيجوز لوكيله ان يواجر منه واما على قولهما فكسبه وان كان
ملك المولى لكن تعلق به حق الغير فجعل المالك كالاجنبي ولا يجوز له ان
يواجر من ابيه وابنه وكل من لا تقبل شهادته له في قول ابي حنيفة وعندهما
يجوز باجر مثله كما في بيع العين وهي من مسايل كتاب الوكالة وله ان يواجر
باجر مثل الدار وباقل عند ابي حنيفة وعندهما ليس له ان يواجر بالاقل وهو
على الاختلاف في البيع ولو اجر اجارة فاسدة نفذت لان مطلق العقد يتناول
الصحيح والفاسد كما في البيع ولا ضمان عليه لانه لم يصر مخالفا وعلى المستاجر
اجر المثل اذا انتفع لانه استوفى المنافع بعقد فاسد ولو لم يواجرا لوكيل الدار
لكنه وهبها من رجل او اعارها اياه فسكنها سنين ثم جا صاحبها فلا اجر
له على الوكيل ولا على الساكن لان المنافع على اصل اصحابنا لا تضمن الا بالعقد الصحيح
او الفاسد ولم يوجد ها هنا وكذلك الاجارة من الاب والوصي والقاضي
وامينه نافذة لوجود الانابة من الشرع فللاب ان يواجر ابنه الصغير
في عمل من الاعمال لان ولايته على الصبي كولايته على نفسه فكذا ابنه
لان نفقته عليه كنفقته على نفسه وله ان يواجر نفسه م
ولان فيها نظرا للصغير من وجهين احدهما ان المنافع في الاصل ليست
بمال خصوصا منافع الحر وبالاجارة تصير مالا وجعل ما ليس بمال مالا من
باب النظر والثاني ان اتخاذه في الصنايع من باب التاديب والتهذيب
والرياضة وفيه نظر للصبي فيملكه الاب وكذا وصي الاب لانه مرضي
الاب والجد اب الاب لقيامه مقام الاب عند عدمه ووصيه لانه مرضيه
والقاضي لانه نصب ناظرا وامينه لانه مرضيه ولا تجوز اجارة غير الاب
ووصيه والجد ووصيه من ساير ذوي الرحم المحرم اذا كان له احد ممن ذكرنا
لان من سواهم لا ولاية له على الصغير الا ترى انه لا يملك التصرف في ماله ففي
نفسه اولى الا اذا كان في حجره فتجوز اجارته اياه في قولهم لانه اذا كان
م في حجره كان له عليه ضرب من الولاية لانه يربيه ويؤدبه واستعماله في الصنايع نوع من التاديب فيملكه من حيث انه تاديب فان كان م
في حجر ذي رحم محرم منه فاجرة ذو رحم محرم اخر هو اقرب اليه من الذي
هو في حجره بان كان الصبي في حجر عمه وله ام فاجرته قال ابو يوسف تجوز
اجارتها اياه وقال محمد لا تجوز لان هولا لا ولاية لهم على الصبي اصلا
ومقصودا وانما يملكون الاجارة ضمنا للولاية التربية وانما يثبت لمن كان
في حجره فاذا لم يكن في حجره كان كالاجانب ولابي يوسف ان ذا الرحم انما يلي

عليه

عليه هذا النوع بسبب الرحم فمن كان اقرب اليه من الرحم كان اولى كالاب مع الجد في الولاية
وللذي اجره ان يقبض الاجرة لان قبض الاجرة من حقوق العقد وهو العاقد
فكان له ولاية القبض وليس له ان ينفقها عليه لان الاجرة ماله والانفاق
عليه من ماله تصرف في ماله وليس له ولاية التصرف في المال وكذا اذا وهب
له هبة فله ان يقبضها وليس له ان ينفقها لان قبض الهبة منفعة محضة للصغير
الا ترى ان الصغير يملك قبضها بنفسه فاما الانفاق فهو من باب الولاية فلا
يملكه من لا يملك التصرف في ماله ولو بلغ الصبي في هذا كله قبل انقضاء مدة الاجارة
فله الخيار ان شا امضى الاجارة وان شا فسخ لان في استيفا العقد اضرارا به
لانه بعد البلوغ يلحقه الانفة من خدمة الناس والى هذا اشار ابو حنيفة
رحمه الله فقال ارايت لو تفقه وولي القضا اكنت اتركه يخدم الناس وقد
اجره ابوه هذا قبيح ولان المنافع تحدث شيا فشيا والعقد ينعقد على حسب
حدوث المنافع فاذا بلغ فيصير كان الاب عقد على ما يحدث من المنافع بعد
البلوغ ابتدا فكان له خيار الفسخ والاجازة كما اذا عقد ابتدا بعد البلوغ
وكذا الاب والجد ووصيهما والقاضي ووصيه في اجارة عبد الصغير
وعقاره لان لهم ولاية التصرف في ماله بالبيع فكذا بالاجارة ولو بلغ قبل انتها
المدة فلا خيار له بخلاف اجارة النفس وقد ذكرنا الفرق بينهما في كتاب
البيوع وليس للاب ومن يملك اجارة مال الصغير ونفسه ان يواجر
نفسه وماله باقل من اجر المثل قدر ما لا يتغابن الناس في مثله عادة ولو
فعل لا ينفذ لانه ضرر في حقه وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر
وليس لغير هولا ممن هو في حجره ان يواجر عبده او داره لان ذلك تصرف م غيره
في المال فلا يملكه الا من يملك التصرف في المال كبيع المال وقال
ابن سماعة عن محمد استحسن ان يواجروا عبده لانهم يملكون اجارة نفسه
فاجارة ماله اولى وكذلك استحسن ان ينفقوا عليه ما لا بد منه لان في تاخير ذلك
ضررا عليه وكذلك احد الوصيين يملك ان يواجر اليتيم في قول ابي حنيفة
ولا يواجر عبده وقال محمد يواجر عبده والصحيح قول ابي حنيفة لان لكل
واحد من الوصيين التصرف فيما يخاف الضرر بتاخيره وفي ترك اجارة
الصبي ضرر به بترك تاديبه ولا ضرر في ترك اجارة عبده ولا تجوز
اجارة الوصي نفسه للصبي وهذا على اصل محمد لا يشكل لان الوصي لا يملك بيع
ماله من الصبي اصلا فلا يملك اجارة نفسه منه واما على اصل ابي حنيفة فيحتاج

الى الفرق بين البيع والاجارة ووجه الفرق انه انما يملك بيع ماله منه اذا كان

م حيث يملك البيع ولا يملك الاجارة م

فيه نظر للصغير ولا نظر للصغير في اجارة نفسه منه لان فيها جعل ما ليس
بمال مالا فلم تجز وللوصي ان يعمل في مال الصبي مضاربة والفرق بين الاجارة
والمضاربة ان الوصي بعقد المضاربة لا يوجب حقا في مال المضاربة وانما
يوجب حقه في الربح وانه قد يكون وقد لا يكون واما استيجار الصغير لنفسه

م ولا يلحقه تهمة بخلاف الاجارة لانها توجب حقاً في مال الصبي لا محالة وهو متهم فيه لما بينا م

فينبغي ان يجوز على قول ابي حنيفة اذا كان باجرة لا يتغابن في مثلها لانه
يملك بيع ماله من نفسه اذا كان فيه نظر له وفي استيجاره اياه لنفسه نظر له
لما فيه من جعل ما ليس بمال مالا ويجوز للاب ان يواجر نفسه للصغير او
يستاجر الصغير لنفسه لان بيع مال الاب من الصغير وشراء ماله لنفسه لا
يتقيد بشرط النظر بدليل انه لو باع ماله منه بمثل قيمته او اشترى مال
الصغير لنفسه بمثل قيمته يجوز فكذا الاجارة ومنها تسليم المستاجر
في اجارة المنازل ونحوها اذا كان العقد مطلقا عن شرط التعجيل بان لم
يشترط تعجيل الاجرة في العقد ولم يوجد التعجيل ايضا من غير شرط عندنا
خلافا للشافعي بناء على ان الحكم في الاجارة المطلقة لا يثبت بنفس العقد
عندنا لان العقد في حق الحكم ينعقد على حسب حدوث المنفعة فيثبت

م فكان العقد في حق الحكم مضافا الى حدوث المنفعة م

حكمه عند ذلك وعنده يجعل منافع المدة موجودة للحال تقديرا كانها
عين قايمة فيثبت الحكم بنفس العقد كما في بيع العين وهذا اصل نذكره
في بيان حكم الاجارة وكيفية انعقادها في حق الحكم ان شاء الله تعالى ونعني
بالتسليم التخلية والتمكين من الانتفاع برفع الموانع في اجارة المنازل ونحوها
وعبد الخدمة واجير الوحد حتى لو انقضت المدة من غير تسليم المستاجر
على التفسير الذي ذكرنا لا يستحق شيا من الاجرة لان المستاجر لم يملك
من المعقود عليه شيا ولا يملك هو ايضا شيا من الاجرة لانه معاوضة مطلقة
ولو مضى بعض المدة ثم سلم فلا اجر له فيما مضى لعدم التسليم فيه ولو اجر
المنزل فارغا فسلم المفتاح الى المستاجر فلم يفتح الباب حتى مضت المدة
يلزمه كل الاجر لوجود التسليم وهو التمكين من الانتفاع برفع الموانع في
جميع المدة فحدثت المنافع على ملك المستاجر فهلكت على ملكه فلا يسقط
عنه الاجر كالبايع اذا سلم المبيع الى المشتري بالتخلية فهلك في يد البايع
كان الهلاك على المشتري لانه هلك على ملكه كذا هذا وان لم يسلم المفتاح اليه
لكنه اذن له بفتح الباب فقال مر وافتح الباب فان كان يقدر على فتح البا

بالمعالجة

بالمعالجة لزمه الكرا لوجود التسليم وان لم يقدر لا يلزمه لان التسليم لم يوجد
ولو استاجر دارا ليسكنها شهرا او عبدا ليستخدمه شهرا او دابة ليركبها
الى الكوفة فسكن واستخدم في بعض الوقت وركب في بعض المسافة
ثم حدث بها مانع يمنع من الانتفاع من غرق او مرض او اباق او غصب
او كان زرعا فانقطع شربه او رحا فانقطع ماؤه لا يلزمه اجر تلك المدة لان
المعقود عليه منافع تلك المدة وانها تحدث شيا فشيا فلا تصير منافع
المدة مسلمة بتسليم محل المنفعة لانها معدومة والمعدوم لا يحتمل التسليم
وانما تسليمها على حسب حدوثها شيا فشيا فاذا اعترض مانع فقد تعذر
تسليم المعقود عليه قبل القبض فلا يجب البدل كما لو تعذر تسليم المبيع
قبل القبض بالهلاك والله اعلم ومنها ان يكون العقد مطلقا عن شرط
الخيار فان كان فيه خيار لا ينفذ في مدة الخيار لان الخيار يمنع انعقاد
العقد في حق الحكم ما دام الخيار قايما لحاجة من له الخيار الى دفع
الغبن عن نفسه كما في بيع العين وهذا لان شرط الخيار وان كان
شرطا مخالفا لمقتضى العقد والقياس يأباه لما مر لكن اعتبار القياس

م سقط م

لحاجة الناس ولهذا جاز في بيع العين كذا في الاجارة والله الموفق
واما شرط الصحة فلصحة هذا العقد شرايط بعضها يرجع الى العاقد
وبعضها يرجع الى المعقود عليه وبعضها يرجع الى ما يقابل المعقود عليه

م وبعضها يرجع الى محل المعقود عليه م

وهو الاجرة وبعضها يرجع الى نفس العقد اعني ركنه اما الذي يرجع
الى العاقد فرضا المتعاقدين لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا
اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاجارة تجارة
لان التجارة تبادل المال بالمال والاجارة كذلك ولهذا يملكها الماذون
وانه لا يملك ما ليس بتجارة فثبت ان الاجارة تجارة فدخلت تحت النص
وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه فلا تصح
مع الكره والهزل والخطا لان هذه العوارض تنافي الرضا فتمنع صحة
الاجارة ولهذا منعت صحة البيع واما اسلام العاقد فليس بشرط فتصح من المسلم
والكافر والحربي المستامن كما يصح البيع منهم وكذا الحرية فتصح من المملوك
الماذون وتنفذ ومن المحجور تنعقد وتتوقف على ما بينا والله الموفق
واما الذي يرجع الى المعقود عليه فضروب منها ان يكون المعقود عليه وهو
المنفعة معلوما علما يمنع من المنازعة فان كان مجهولا ينظر ان كانت تلك

الجهالة مفضية الي المنازعة تمنع صحة العقد والا فلا لان الجهالة المفضية
الي المنازعة تمنع صحة العقد من التسليم والتسلم فلا يحصل المقصود
من العقد وكان العقد عبثا لخلوه عن العاقبة الحميدة واذا لم تكن
مفضية الي المنازعة يوجد التسليم والتسلم فيحصل المقصود ثم العلم
بالمعقود عليه وهو المنفعة يكون ببيان اشيا منها بيان محل المنفعة
حتي لو قال اجرتك احدي هاتين الدارين او احد هذين العبدين
او قال استاجرت احد هذين الصانعين لم يصح لان المعقود عليه
مجهول لجهالة محله جهالة مفضية الي المنازعة فتمنع صحة العقد وعلي
هذا قال ابو حنيفة رحمه الله اذا اجر نصيبا له من دار غير مسمي ولا
يعرفه المستاجر انه لا يجوز لجهالة النصيب وقال ابو يوسف ومحمد
يجوز اذا علم به بعد ذلك وان كان عرفه المستاجر وقت العقد او
عرفه في المجلس جاز سوا كان الاجر يعرفه او لا يعرفه بعد ان صدق
المستاجر فيما قال وجواب ابي حنيفة مبني علي اصلين احدهما ان بيع
النصيب لا يجوز عنده وهو قول محمد وقال ابو يوسف يجوز والثاني ان
اجارة المشاع غير جايزة عنده وان كان المستاجر معلوما من نصف او
ثلث او غير ذلك فالمجهول اولي وعندهما اجارة المشاع جايزة وانما
فرق محمد رحمه الله بين الاجارة والبيع حيث جوز اجارة النصيب ولم
يجوز بيع النصيب لان الاجرة لا تجب بنفس العقد علي اصل اصحابنا وانما تجب
عند استيفا المعقود عليه وهو المنفعة والنصيب عند الاستيفا معلوم
بخلاف البيع فان البدل يجب بنفس العقد وعند العقد النصيب مجهول
وعلي هذا يخرج قول ابي حنيفة ما اذا استاجر من عقار ماية ذراع او
استاجر من ارض جريبا او جريبين انه لا يجوز كما لا يجوز البيع لان اسم
الذراع عنده يقع علي القدر الذي يحله الذراع من البقعة المعينة
وذلك المحل مجهول ولان اجارة المشاع لا تجوز عنده وان كان معلوما
فالمجهول اولي وعندهما الذراع كالسهم وتجوز اجارة السهم كذا اجارة
الذراع وقد ذكرنا المسلة في كتاب البيوع وعلي هذا تخرج اجارة
المشاع من غير الشريك عند ابي حنيفة انها لا تجوز لان المعقود عليه مجهول
لجهالة محله اذ الشايع اسم لجزء من الجملة غير عين من الثلث والربع ونحوهما
وانه غير معلوم فاشبه اجارة عبد من عبدين وعندهما جايزة كبيع الشايع

اذا باع ولا يدري المشتري

عرفه المشتري كان البايع ان صدق المشتري

فيه

الشايع اسم لجزء من الجملة

وبه اخذ الشافعي وتخرج المسلة علي اصل اخر وهو اولي بالتخريج عليه ونذكر
الدلايل هناك ان شا الله تعالي ولو استاجر طريقا من دار ليمر فيها وقتا
معلوما لم يجز في قياس قول ابي حنيفة لان البقعة المستاجرة غير متميزة
من بقية الدار فكان اجارة المشاع فلا يجوز عنده وعندهما يجوز ولو
استاجر ظهر بيت ليبيت عليه شهرا او ليضع متاعه عليه اختلف المشايخ
فيه لاختلاف نسخ الاصل ذكر في بعضها انه لا يجوز وفي بعضها انه يجوز
وهو الصحيح لان المعقود عليه معلوم وذكر في الاصل اذا استاجر
علو منزل ليبني عليه لا يجوز في قياس قول ابي حنيفة لان البنا عليه
يختلف في الخفة والثقل والثقيل منه يضر بالعلو والضرر لا يدخل في
العقد لان الاجير لا يرضي به وكان مستثني من العقد دلالة ولا ضابط
له فكان محل المعقود عليه مجهولا بخلاف ما اذا استاجر ارضا ليبني عليها
انه يجوز لان الاراضي لا تتاثر لثقل البنا وخفته ويجوز في قياس قول ابي يوسف
ومحمد لان البنا المذكور ينصرف الي المعتاد والجواب ما ذكرنا انه
ليس لذلك حد معلوم وعلي هذا ما اذا استاجر شربا من نهر او مسيل
ما في الارض انه لا يجوز لان قدر ما يشغل الما من النهر والارض غير معلوم
ولو استاجر نهرا ليسوق منه الما الي ارض له يسقيها لم يجز وذكر في الاصل
اذا استاجر نهرا يابسا يجري فيه الما الي ارضه او رحا لا يجوز في قول
ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله وقال ارايت لو استاجر
ميزابا ليسيل فيه ما المطر علي سطح المواجر لم يكن فاسدا وذكر هشام
عن محمد فيمن استاجر موضعا معلوما من ارض موقتا بوقت معلوم ليسيل
فيه ماه انه يجوز فصار عن محمد روايتان وجه هذه الرواية ان
المانع جهالة البقعة وقد زالت الجهالة بالتعيين وجه الرواية
المشهورة وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف ان مقدار ما يسيل من
الما في النهر والمسيل يختلف والكثير منه مضر بالنهر والسطح والمضر
منه مستثني من العقد دلالة وغير المضر غير مضبوط فصار محل
المعقود عليه مجهولا ولو استاجر ميزابا ليركبه في داره كل شهر بشي
مسمي جاز لان الميزاب المركب في داره لا تختلف منفعته بكثرة ما يسيل
فيه وقلته فكان محل المعقود معلوما ولو استاجر بالوعة ليصب فيها
وضوا لم يجز لان مقدار ما يصب فيها من الما مجهول والضرر يختلف

اذا م

لا يخرج

صل

لهذا م

بقلته وكثرته فكان محل المعقود عليه مجهولا وعلى هذا يخرج ما اذا
استاجر حايطا ليضع عليه جذوعا او يبني عليه سترة او يضع فيه
ميزابا انه لا يجوز لان وضع الجذوع وبنا السترة يختلف باختلاف الخفة
والثقل والثقيل منه يضر بالحايط والضرر مستثنى من العقد دلالة
وليس لذلك حد معلوم فيصير محل المعقود عليه مجهولا ولذلك لو استاجر المصرح
من الحايط موضع كواة ليدخل عليه الضوا وموضعا من الحايط ليتد فيه
وتدا لم يجز لما قلنا فان قيل اليس انه لو استاجر دابة بغير عينها يجوز
وان كان المعقود عليه مجهولا لجهالة محله فالجواب ان هذه الجهالة لا تفضي
الي المنازعة لحاجة الناس الي سقوط اعتبارها لان المسافر لو استاجر دابة
بعينها فربما تموت الدابة في الطريق فتبطل الاجارة بموتها ولا يمكنه
المطالبة بدابة اخري فيبقى في الطريق بغير حمولة فيتضرر به فقد دعت
الضرورة الي الجواز واسقاط اعتبار هذه الاجارة لحاجة الناس فلا تكون الجهالة
هذه الجهالة مفضية الي المنازعة كجهالة المدة وقدر الما الذي يستعمل
في الحمام وقال هشام سالت محمدا عن الاطلا بالنورة بان قال اطليك
بدانق ولا يعلم بما يطليه من غلظه وتخانته قال هو جايز لان مقدار
البدن معلوم بالعادة والتفاوت فيه يسير لا يفضي الي المنازعة ولان
الناس يتعاملون ذلك من غير نكير فسقط اعتبار تلك الجهالة لتعامل
الناس ومنها بيان المدة في اجارة الدور والمنازل والبيوت والحوانيت
وفي استيجار الظير لان المعقود عليه لا يصير معلوم القدر بدونه فترك
بيانه يفضي الي المنازعة وسوا قصرت المدة او طالت من يوم او
شهر او سنة او اكثر من ذلك بعد ان كانت معلومة وهو اظهر اقوال
الشافعي وفي بعضها انه لا يجوز اكثر من سنة وفي بعضها انه لا يجوز
اكثر من ثلاثين سنة والقولان لا معنى لهما لان المانع ان كان هو الجهالة
فلا جهالة وان كان عدم الحاجة فالحاجة قد تدعو الي ذلك وسوا
عين اليوم او الشهر او السنة او لم يعين ويتعين الزمان الذي يعقب
العقد لثبوت حكمه وقال الشافعي لا يصح العقد ما لم يعين الزمان الذي
يلي العقد نصا وجه قوله ان قوله يوما او شهرا او سنة مجهول لانه اسم
لوقت منكر وجهالة الوقت توجب جهالة المعقود عليه وليس في نفس العقد
ما يوجب تعين بعض الاوقات دون بعض فيبقى مجهولا فلا بد من التعيين ولنا

ان التعيين قد يكون نصا وقد يكون دلالة وقد وجد ها هنا دلالة التعيين
من وجهين احدهما ان الانسان انما يعقد عقد الاجارة للحاجة والحاجة
عقيب العقد قايمة والثاني ان العاقل يقصد بتصرفه الصحة ولا صحة
لهذا العقد الا بالصرف الي الشهر الذي يعقب العقد فيتعين بخلاف
ما اذا قال لله علي ان اصوم شهرا او اعتكف شهرا ان له ان يصوم ويعتكف
اي شهر شا ولا يتعين الشهر الذي يلي النذر لان تعيين الوقت ليس بشرط
لصحة النذر فوجب المنذور به في وقت منكر فله ان يعين اي شهر شا
ولو اجر داره شهرا او شهورا معلومة فان وقع العقد في غرة الشهر
يقع على الاهلة بلا خلاف حتى لو نقص الشهر يوما كان عليه كمال الاجرة
لان الشهر اسم للهلال وان وقع بعد ما مضى بعض الشهر ففي اجارة
الشهر يقع على ثلاثين يوما بالاجماع لتعذر اعتبار الاهلة فيعتبر
بالايام واما في اجارة الشهور ففيها روايتان عن ابي حنيفة في رواية
اعتبر الشهور كلها بالايام وفي رواية اعتبر تكميل هذا الشهر بالايام من
الشهر الاخير والباقي بالاهلة وهكذا ذكر في الاصل فقال اذا استاجر
سنة اولها هذا اليوم وهذا اليوم لاربع عشر من الشهر فانه يسكن
بقية هذا الشهر واحد عشر بالاهلة وستة عشر يوما من الشهر مبدأ تام
الاخير وهذا غلط وقع من الكاتب والصحيح ان يقال واربعة عشر
يوما لان ستة عشر يوما قد سكن فلم يبق لتمام الشهر بالايام الا اربعة عشر
يوما وهكذا ذكر في بقية النسخ وانما يسكن ستة عشر اذا كان سكن يوما صح
اربعة عشر يوما وهو قول ابي يوسف ومحمد ووجهه ما ذكرنا في
كتاب الطلاق ان اسم الشهور للاهلة اذ الشهر اسم للهلال لغة الا انه لا يمكن
اعتبار الاهلة في الشهر الاول فاعتبر فيه الايام ويمكن فيما بعده فيعمل
بالاصل ولان كل جزء من اجزا المنفعة معقود عليه لانه يتجدد ويحدث
شيا فشيا فيصير عند تمام الشهر الاول كانه عقد الاجارة ابتدا فيعتبر
بالاهلة بخلاف العدة انه يعتبر فيها الايام على احدى الروايتين لان كل جزء
من اجزا العدة ليس بعدة ولان العدة فيها حق الله تعالي فاعتبر فيها زيادة
العدد احتياطا والاجارة حق العبد فلا يدخله الاحتياط وجه الرواية
الاخرى ان الشهر الاول يكمل بالايام بلا خلاف وانما يكمل بالايام من الشهر
الثاني واذا كمل بالايام من الشهر الثاني يصير اول الشهر الثاني بالايام فيكمل

من الشهر الثالث هكذا الى اخر الشهور ولو قال اجرتك هذه الدار سنة كل
شهر بدرهم جاز بالاجماع لان المدة معلومة والاجرة معلومة فيجوز ولا
يملك احدهما الفسخ قبل تمام السنة من غير عذر ولو لم يذكر السنة
فقال اجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم جاز في شهر واحد عند ابي حنيفة
وهو الشهر الذي يعقب العقد كما في بيع العين بان قال بعتك منك
هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم انه لا يصح الا في قفيز واحد عنده لان
جملة الشهور مجهولة فاما الشهر الاول فمعلوم وهو الذي يعقب العقد
وذكر القدوري ان الصحيح من قول ابي يوسف ومحمد انه لا يجوز ايضا
وفرقا بين الاجارة و[بيع] العين من حيث ان كل شهر لا نهاية له فلا يكون
المعقود عليه معلوما بخلاف الصبرة لانه يمكن معرفة الجملة بالكيل
وعامة مشايخنا قالوا لا تجوز هذه الاجارة على قولهما كل شهر بدرهم كما في بيع
الصبرة كل قفيز بدرهم وفي بيع المذروع كل ذراع بدرهم وعند ابي
حنيفة لا يجوز البيع في المذروع في الكل لا في ذراع واحد ولا في الباقي
وفي المكيل والموزون يجوز في واحد ولا يجوز في الباقي في الحال الا اذا
علم المشتري جملته في المجلس لان بيع قفيز من صبرة جائز لان جهالته
لا تفضي الى المنازعة لعدم التفاوت بين قفيز وقفيز فاما بيع ذراع من
ثوب فلا يجوز للتفاوت في اجزاء الثوب فيفضي الى المنازعة وقال الشافعي
هذه الاجارة فاسدة واعتبرها ببيع كل ثوب من هذه الاثواب بدرهم
وهذا الاعتبار غير سديد لان الثياب تختلف في انفسها اختلافا فاحشا
ولا يمكن تعيين واحد منها لاختلافها فاما الشهور فانها لا تختلف
فيتعين واحد منها للاجارة عند ابي حنيفة وهو الشهر الاول لما بينا
واذا جاز في الشهر الاول لا غير عند ابي حنيفة فلكل واحد منهما ان
يترك الاجارة عند تمام الشهر الاول فاذا دخل الشهر الثاني ولم يترك
احدهما انعقدت الاجارة في الشهر الثاني م ثم اختلف مشايخنا في وقت
الفسخ وكيفيته قال بعضهم اذا اهل الهلال يقول احدهما على الفور فسخت
الاجارة فاذا قال ط لا تنعقد في الشهر الثاني وان سكتا عنه انعقدت
وقال بعضهم يفسخ احدهما الاجارة في الحال فاذا جاء راس الشهر عمل ذلك
الفسخ السابق وقال بعضهم يفسخ احدهما ليلة الهلال او يومها وان
سكتا حتى غربت الشمس من اليوم الاول انعقدت الاجارة في الشهر الثاني م
م وهو اوضح الاقاويل ومعنى الفسخ ههنا هو منع انعقاد الاجارة في الشهر الثاني لا رفع

العقد

[هامش: بيع م]

[هامش: م لانه اذا مضى الشهر الاول ولم يترك احدهما انعقد تراضيا على انعقاد العقد في الشهر الثاني فصار كانهما جددا العقد وكذا هذا عند مضي كل شهر بخلاف ما اذا اجر شهرا وسكت ولم يقل كل شهر لان هناك لم يسبق منه شيء يبنى عليه العقد في الشهر الثاني م]

العقد الموجود من الاصل ولو استاجر دوابا او بكرة ليسقي غنمه ولم يذكر المدة لم
يجز لان قدر الزمان الذي يسقي فيه الغنم غير معلوم وكان قدر المعقود عليه
مجهولا وان بين المدة جاز لانه صار معلوما ببيان المدة والله اعلم واما بيان
ما يستاجر له في هذا النوع من الاجارة اعني اجارة المنازل ونحوها فليس
بشرط حتى لو استاجر شيئا من ذلك ولم يسم ما يعمل فيه جاز وله ان يسكن
فيه بنفسه ومع غيره وله ان يسكن فيه غيره بالاجارة والاعارة وله ان يضع
فيه متاعا وغيره غير انه لا يجعل فيه حدادا ولا قصارا ولا طحانا ولا ما يضر بالبناء
ويوهنه وانما كان كذلك لان الاجارة شرعت للانتفاع والدور والمنازل والبيوت
ونحوها معدة للانتفاع بها في السكنى ومنافع العقار المعد للسكنى متقاربة
لان الناس لا يتفاوتون في السكنى فكانت معلومة من غير تسمية وكذا المنفعة
لا تتفاوت بكثرة السكان وقلتهم الا تفاوتا يسيرا وانه ملحق بالعدم ووضع
المتاع من توابع السكنى وذكر في الاصل ان له ان يربط في الدار دابته وبعيره
وشاته لان ذلك من توابع السكنى وقيل ان هذا الجواب على عادة [اهل] الكوفة
والجواب فيه يختلف باختلاف العادة فان كان في موضع جرت العادة
بذلك له ذلك والا فلا وانما لم يكن له ان يجعل فيه ما يضر بالبناء ويوهنه
من القصار والحداد والطحان لان ذلك اتلاف العين وانه لم يدخل
تحت العقد اذ الاجارة بيع المنافع لا بيع العين ولان مطلق العقد ينصرف
الى المعتاد والظاهر ان الحانوت الذي يكون في صف البزازين لا يواجر لعمل
الحدادة والقصارة والطحن فلا ينصرف مطلق العقد اليه اذ المطلق محمول
على العادة فلا يدخل غيره في العقد الا بالتسمية او بالرضا حتى لو اجر حانوتا
في صف الحدادين من حداد يدخل عمل الحدادة فيه من غير تسمية للعادة
وانما كان له ان يواجر من غيره ويعيره لانه ملك المنفعة وكان له ان يملك
من غيره بعوض وبغير عوض واما في اجارة الارض فلا بد فيها من بيان ما
تستاجر له من الزراعة والغرس والبناء وغير ذلك فان لم يبين كانت الاجارة
فاسدة الا اذا جعل له ان ينتفع بها بما شاء وكذا اذا استاجرها للزراعة فلا بد
من بيان ما يزرع فيها او يجعل له ان يزرع فيها ما شاء والا فلا يجوز العقد
لان منافع الارض تختلف باختلاف الغرس والبناء والزراعة وكذا المزروع
يختلف منه ما يفسد الارض ومنه ما يصلحها فكان المعقود عليه مجهولا
جهالة مفضية الى المنازعة فلا بد من البيان بخلاف السكنى فانها لا تختلف

[هامش: اهل م]

واما في اجارة الدواب فلا بد فيها من بيان احد شيئين المدة او المكان فان لم يبين
احدهما فسدت لان ترك البيان يفضي الى المنازعة وعلى هذا يخرج ما اذا
استاجر دابة يشيع عليها رجلا او يتلقاه ان الاجارة فاسدة الا ان يسمي
موضعا معلوما لما قلنا وكذا اذا استاجر الى الجبانة لان الجبانة تختلف
اولها واوسطها واخرها لانه موضع واسع يتباعد اطرافها وجوانبها
بخلاف ما اذا استاجر دابة الى الكوفة انه يصح العقد وان كان اطرافها
وجوانبها متباعدة لان المكان هناك معلوم بالعادة وهو منزله الذي بالكوفة
لان الانسان اذا استاجر الى بلد فانما يستاجر الى بيته الا ترى انه ما جرت
العادة من المكاريين بطرح الحمولات على اول جزء من البلد فصار منزله
بالكوفة مذكورا دلالة فكان كالمذكور نصا ولا عادة في الجبانة على موضع
بعينه حتى يحمل العقد عليه حتى لو كان في الجبانة موضع لا يركب الا اليه يصح
العقد وينصرف اليه كما يصح الى الكوفة ولو تكاراها بدرهم يذهب عليها الى
حاجة له لم يجز ما لم يبين المكان لان الحوائج تختلف منها ما ينقضي بالركوب
الى موضع قريب ومنها ما لا ينقضي الا بعد مسافة بعيدة فكانت المنافع
مجهولة فتفسد الاجارة وكذا ذكر في الاصل اذا تكارى دابة من الفرات الى جعفي
وجعفي قبيلتان بالكوفة ولم يسم احدهما او الى الكناسة وفيها كناستان
ولم يسم احدهما او الى بجيلة وبها بجيلتان الظاهرة والباطنة ولم يسم
احدهما ان الاجارة فاسدة لان المكان مجهول ولا بد فيها من بيان ما يستاجر
له من الحمل والركوب لانهما منفعتان مختلفتان وبعد بيان ذلك لا بد من بيان
ما يحمل عليها ومن يركبها لان الحمل يتفاوت بتفاوت المحمول والناس
يتفاوتون في الركوب فترك البيان يفضي الى المنازعة وذكر في الاصل اذا
استاجر بعيرين من الكوفة الى مكة يحمل على احدهما محملا فيه رجلان وما
يصلحهما من الوطا والدثر وقد راى الرجلين ولم ير الوطا والدثر واحدهما
زاملة يحمل عليه كذا كذا مختوما من السويق والدقيق وما يصلحهما من
الزيت والخل والمعاليق ولم يبين ذلك واشترط عليه ما يكفيه من الما
ولم يبين ذلك فهذا فاسد كله في القياس ولكن قال ابو حنيفة استحسن
ذلك وجه القياس انه شرط حملا مجهولا لان قدر الكسوة والزاد يختلف
باختلاف الناس فصارت المنافع مجهولة وجه الاستحسان ان الناس
يفعلون ذلك من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وكان ذلك

منهم

منهم استحسانا اعتبار هذه الجهالة فلا تفضي الى المنازعة وان اشترط المستاجر
ان يحمل عليه من هدايا مكة من صالح ما يحمل الناس فهو جائز لان قدر الهدايا
يعلم بالعادة وهذا مما يتعامله الناس في سائر الاعصار من غير نكير وان
بين وزن المعاليق ووصف ذلك والهدايا احب الينا لانه يجوز قياسا
واستحسانا ولانه ابعد من الخصومة ولكل محمل قربتين ماء واداوتين
من اعظم ما يكون لان هذا كله يصير معلوما بالعادة وذكره افضل وكذا
الخيمة والقبة وذكره افضل لما قلنا وفي استيجار العبد للخدمة والثوب
للبس والقدر للطبخ لا بد من بيان المدة لما قلنا في استيجار العبد للخدمة
لان الخدمة تختلف فكانت مجهولة وفي الاستحسان لا يشترط وينصرف
الى المتعارف وليس له ان يبيت فيه ولا بد من بيان من يلبس وما يطبخ في القدر
لان اللبس يختلف باختلاف اللابس والقدر يختلف باختلاف المطبوخ
فلا بد من البيان ليصير المعقود عليه معلوما فان اختصما حين وقعت
الاجارة في هذه الاشيا قبل ان يزرع او يبني او يغرس او قبل ان يحمل على
الدابة او يركبها او قبل ان يلبس الثوب او يطبخ في القدر فان القاضي يفسخ
الاجارة لان العقد وقع فاسدا ورفع الفساد واجب حقا للشرع فان
زرع الارض وحمل على الدابة ولبس الثوب وطبخ القدر ومضت المدة
فله ما سمى استحسانا والقياس ان يكون له اجر المثل لانه استوفى المنفعة
بعقد فاسد واستيفا المنفعة بعقد فاسد يوجب اجر المثل لا المسمى
وجه الاستحسان ان المفسد جهالة المعقود عليه والمعقود عليه قد
تعين بالزراعة والحمل واللبس والطبخ فزالت الجهالة فقد استوفى
المعقود عليه في عقد صحيح فيجب كمال المسمى كما لو كان معينا في الابتدا
ولو فسخ القاضي الاجارة ثم زرع او حمل او غير ذلك لا يجب شي لان القاضي
لما نقض العقد فقد بطل العقد فصار مستعملا مال الغير من غير عقد
فصار غاصبا والمنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد صحيح او فاسد ولم
يوجد ومنها بيان العمل في استيجار الصناع والعمال لان جهالة
العمل في الاستيجار على العمل جهالة مفضية الى المنازعة فيفسد العقد
حتى لو استاجر عاملا ولم يسم له العمل من القصارة والخياطة والرعي
ونحو ذلك لم يجز العقد وكذا بيان المعمول في الاجير المشترك اما بالاشارة
والتعيين او ببيان الجنس والنوع والقدر والصفة في ثوب القصارة

م لذلك قال احب الينا م

م والقياس ان يشترط بيان نوع الخدمة صح

والخياطة وبيان الحبس والقدر في اجارة الراعي من الخيل والابل والبقر والغنم وعددها لان العمل يختلف باختلاف المعمول وعلى هذا يخرج ما اذا استاجر حفارا ليحفر له بيرا انه لا بد من بيان مكان الحفر وعمق البير وعرضها لان عمل الحفر يختلف باختلاف عمق المحفور وعرضه ومكان الحفر من الرخاوة والصلابة فيحتاج الى البيان ليصير المعقود عليه معلوما وهل يشترط فيه بيان المدة اما في استيجار الراعي المشترك فيشترط لان قدر المشروط المعقود عليه لا يصير معلوما بدونه واما استيجار القصار المشترك والخياط المشترك فلا يشترط حتى لو دفع الى خياط او قصار اثوابا معلومة ليخيطها او ليقصرها جاز من غير بيان المدة لان المعقود عليه يصير معلوما بدونه واما في الاجير الخاص فلا يشترط بيان جنس المعمول فيه ونوعه وقدره وصفته وانما يشترط بيان المدة فقط وبيان المدة في استيجار الظير شرط جوازه بمنزلة استيجار العبد للخدمة لان المعقود عليه هو الخدمة فما جاز فيه جاز في الظير وما لم يجز فيه لم يجز فيها الا ان ابا حنيفة رحمه الله استحسن في الظير ان تستاجر بطعامها وكسوتها لما نذكر في موضعه ان شا الله تعالى ولو استاجر انسانا ليبيع له او يشتري جاز لان قدر المنفعة صار معلوما ببيان المدة وما روي عن بعض الصحابة انه قال كنا نتبايع في اسواق المدينة ونسمي انفسنا السماسرة فخرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم وسمانا باحسن الاسما فقال يا معشر التجار ان بيعكم هذا يحضره الكذب واللغو فشوبوه بالصدقة والسمسار هو الذي يبيع ويشتري لغيره بالاجرة فهو محمول على ما اذا كانت المدة معلومة وكذا اذا قال بع لي هذا الثوب ولك درهم وبين المدة وان لم يبين وباع واشتري فله اجر مثل عمله لانه استوفى منفعته بعقد فاسد قال الفضل بن غانم سمعت ابا يوسف يقول لا باس ان يستاجر القاضي رجلا مشاهرة على ان يضرب الحدود بين يديه وان كان غير مشاهرة فالاجارة فاسدة لانها اذا كانت مشاهرة كان المعقود عليه معلوما لبيان الوقت العقد ويستحق الاجرة فيها بتسليم النفس عمل او لم يعمل واذا لم يذكر الوقت يبقى المعقود عليه مجهولا لان قدر الحدود التي سماها غير معلوم وكذا محل الاقامة مجهول وذكر محمد في السير الكبير اذا استاجر

Margin notes: في م — م ولم يبين المدة لم يجز لجهالة قدر منفعة البيع والشراء ولو بين المدة بان استاجره شهرا ليبيع له او يشتري م — عمله م

الامام

الامام رجلا ليقتل المرتدين والاساري لم يجز عند اصحابنا وان استاجره لقطع اليد جاز ولا فرق بينهما عندي والاجارة فيهما جايزة كذا ذكر محمد رحمه الله واراد بقوله اصحابنا ابا حنيفة وابا يوسف وعلى هذا الخلاف اذا استاجر رجل رجلا لاستيفا القصاص في النفس وجه قوله انه استاجره لعمل معلوم وهو القتل ومحله معلوم وهو العنق اذ لا يباح له العدول عنه فيجوز كما لو استاجره لقطع اليد او لذبح الشاة ولهما ان محله من العنق غير معلوم بخلاف القطع فان محله من اليد معلوم وهو المفصل وكذلك محل الذبح الحلقوم والودجان وذلك معلوم وقال ابن رستم عن محمد في رجل قال لرجل اقتل هذا الذيب او هذا الاسد ولك درهم وهما صيد ليسا للمستاجر فقتله قال له اجر مثله لا اجاوز به درهما لان الاسد والذيب اذا لم يكونا في يده فيحتاج في قتلهما الى المعالجة وكان العمل مجهولا وانما وجب عليه اجر المثل لانه استوفى المنفعة بعقد فاسد ويكون الصيد للمستاجر لان قتل الصيد سبب لتملكه وعمل الاجير يقع للمستاجر فصار كانه قتله بنفسه وعلى هذا يخرج ما اذا قال لرجل استاجرتك لتخيط هذا الثوب اليوم او لتقصر هذا الثوب اليوم او لتخبز قفيز دقيق اليوم او قال استاجرتك هذا اليوم لتخيط هذا الثوب او لتقصره او لتخبز قدم اليوم او اخر ان الاجارة فاسدة في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد جايزة وعلى هذا الخلاف اذا استاجر الدابة الى الكوفة اياما مسماة فالاجارة فاسدة عنده وعندهما جايزة وجه قولهما ان المعقود عليه هو العمل لانه هو المقصود والعمل معلوم فاما ذكر المدة فهو للتعجيل فلم تكن المدة معقودا عليها فذكرها لا يمنع جواز العقد واذا وقعت الاجارة على العمل فان فرغ منه قبل تمام اليوم فله تمام الاجرة وان لم يفرغ منه في اليوم فعليه ان يعمل في الغد كما اذا دفع الى خياط ثوبا ليقطعه قميصا على ان يفرغ منه في يومه هذا او اكترى من رجل ابلا الى مكة على ان يدخله العشرين ليلة كل بعير بعشرة دنانير مثلا ولم يرد على هذا ان الاجارة جايزة ثم ان وفي بالشرط اخذ المسمى وان لم يوف به فله اجر مثله لا يزاد على ما شرط له ولابي حنيفة ان المعقود عليه مجهول لانه ذكر امرين كل واحد منهما يجوز ان يكون معقودا عليه اعني العمل والمدة اما العمل فظاهر وكذا ذكر المدة

Margin notes: وز — م ويخيطه م

بدليل انه لو استاجره يوما للخبازة من غير بيان قدر ما يخبز جاز وكان
وكان الجواب باعتبار انه جعل المعقود عليه المنفعة والمنفعة مقدرة
بالوقت ولا يمكن الجمع بينهما في كون كل واحد منهما معقودا عليه لان
حكمهما مختلف لان العقد على المدة يقتضي وجوب الاجر من غير عمل
لانه يكون اجيرا خاصا والعقد على العمل يقتضي وجوب الاجر بالعمل
لانه يصير اجيرا مشتركا وكان المعقود عليه احدهما وليس احدهما باولى
من الاخر فكان مجهولا وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد بخلاف
تلك المسالة لان قوله على ان يفرغ منه في يومي هذا ليس جعل الوقت معقودا
عليه بل هو بيان صفة العمل بدليل انه لو لم يعمل في اليوم وعمل في الغد يستحق
اجر المثل ولو قال اجرتك هذه الدار شهرا بخمسة دراهم او هذه الاخرى
شهرا بعشرة دراهم او قال هذا القول في حانوتين او عبدين او مسافتين
مختلفتين بان قال اجرتك هذه الدابة الى واسط بكذا او الى مكة بكذا
فذلك جايز عند اصحابنا الثلاثة استحسانا وعند زفر والشافعي لا يجوز — م وعلى هذا اذا خيره بين ثلاثة اشياء وان ذكر اربعة لم يجز ص
قياسا وعلى هذا انواع الخياطة والصبغ انه ان ذكر ثلاثة جاز عندنا ولا
يجوز ما زاد عليها كما في بيع العين وجه القياس انه يضاف العقد الى
احد المذكورين وهو مجهول فلا يصح ولهذا لم يصح اذا اضيف الى احد الاشيا
الاربعة ولنا انه خيره بين عقدين معلومين متقومين بين بدلين معلومين — م في مجلس ص
كما لو قال ان رددت الابق من موضع كذا فلك كذا وكما لو قال ان خطت هذا — م وان رددته من موضع كذا فلك كذا ص
الثوب فبدرهم وان خطت هذا الاخر فدرهم وعملهما سوا وكما لو قال ان
سرت على هذه الدابة الى موضع كذا فبدرهم وان سرت الى موضع كذا فبدرهم
والمسافة سوا واما قولهما ان العقد اضيف الى الواحد المذكورين من غير
عين فنعم لكن فوض التعيين الى المستاجر ومثل هذه الجهالة لا تفضي — م خيار
الى المنازعة لجهالة قفيز من الصبرة ولهذا جاز البيع فالاجارة اولى
لانها اوسع من البيع الا ترى انها تقبل من الخطر ما لا يقبله البيع ولهذا
جوزوا هذه الاجارة من غير شرط الخيار ولم يجوزوا البيع الا بشرط الخيار
وكذلك اذا دفع الى خياط ثوبا فقال له ان خطته فارسيا فلك درهم وان
خطته روميا فلك درهمان او قال للصباغ ان صبغت هذا الثوب بعصفر
فلك درهم وان صبغته بزعفران فلك درهمان فذلك جايز لانه خيره
بين ايفا منفعتين معلومتين فلا جهالة ولان الاجير على اصل اصحابنا لا يجب

الا

الا بالعمل وحين ما اخذ في احد العملين تعين ذلك الاجر وهذا قول
اصحابنا الثلاثة فاما عند زفر فالاجارة فاسدة لان المعقود عليه مجهول
والجواب ما ذكرنا ولو قال اجرتك هذه الدار شهرا على انك ان قعدت
حدادا فبعشرة وان بعت فيها الخز فبخمسة فالاجارة جايزة في قول ابي حنيفة
الاخير وقال ابو يوسف ومحمد الاجارة فاسدة وجه قولهما ان
الاجر لا يجب بالسكنى وانما يجب بالتسليم وهو التخلية وحالة
التخلية لا يدرى ما يسكن وكان البدل عندها مجهولا بخلاف الرومي
والفارسي لان البدل هنا لا يجب بابتدا العمل ولا بد وان يبتدي باحد
العملين وعند ذلك يتعين ذلك ويصير معلوما عند وجوده ولابي حنيفة — ح البدل
انه خيره بين منفعتين معلومتين فيجوز كما في خياطة الرومية والفارسية
وهذا لان السكنى وعمل الحدادة مختلفان والعقد على كل واحد منهما صحيح
على الانفراد فكذا على الجمع وقولهم ان الاجر ها هنا يجب بالتسليم من
غير عمل مسلم لكن العمل يوجد ظاهرا وغالبا لان التمكين من الانتفاع هو
الغالب فلا يجب الاحتراز عنه على ان عند التخلية وهو التمكن من
الانتفاع يجب اقل الاجرين لان الزيادة تجب بزيادة الضرر ولم يوجد
زيادة الضرر واقل الاجرين معلوم فلا يودي الى الجهالة وهذا جواب امام
الهدى ابي منصور الماتريدي رحمه الله وعلى هذا الخلاف كل ما كان
اجره يجب بالتسليم ولا يعلم الواجب به وقت التسليم فهو باطل عندهما
وعند ابي حنيفة العقد جايز واي المنفعتين استوفى وجب اجر ذلك
كما سمى وان امسك الدار ولم يسكن فيها حتى مضت المدة فعليه اقل
المسميين لما قلنا ان الزيادة انما تجب باستيفا منفعة زايدة ولم يوجد
ذلك فلا يجب بالتسليم وهو التخلية الا اقل الاجرين وعلى هذا الخلاف
اذا استاجر دابة الى الحيرة على انه ان حمل عليها شعيرا فبنصف درهم
وان حمل عليها حنطة فبدرهم فهو جايز في قول ابي حنيفة الاخر وعلى
قولهما لا يجوز وكذلك ان استاجر دابة الى الحيرة بدرهم والى القادسية
بدرهمين فهو جايز عنده وعلى قولهما ينبغي ان لا يجوز لما ذكرنا ولو
استاجر دابة من بغداد الى القصر بخمسة والى الكوفة بعشرة قال محمد
رحمه الله ان كانت المسافة الى القصر النصف من الطريق الى الكوفة فالاجارة
جايزة وان كانت اقل او اكثر فهي فاسدة على اصلهما لان المسافة اذا كانت

النصف فحال ما يسير يصير البدل معلوما لانه ان سار الى القصر او الى الكوفة فالاجرة الى القصر خمسة فاما اذا كانت المسافة الى القصر اقل من النصف او اكثر فالاجرة حال ما يسير مجهولة لانه ان سار الى القصر فالاجرة خمسة وان سار الى الكوفة فالاجرة الى القصر بحصته من المسافة وجهالة الاجرة عند وجود سبب وجوبها يفسد العقد عندهما فاما على قول ابي حنيفة فالعقد جايز لانه سمى منفعتين معلومتين لكل واحدة منهما بدل معلوم ولو اعطى خياطا ثوبا فقال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم قال ابو حنيفة الشرط الاول صحيح والشرط الثاني فاسد حتى لو خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله على ما نذكر تفسيره وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جايزان وقال زفر الشرطان باطلان وبه اخذ الشافعي فنتكلم مع زفر والشافعي في اليوم الاول لانهما خالفا اصحابنا الثلاثة فيه والوجه لهما ان المعقود عليه مجهول ولنا انه سمى في اليوم الاول عملا معلوما وبدلا معلوما وفساد الشرط الثاني لا يوثر في الشرط الاول كمن عقد اجارة صحيحة واجارة فاسدة واما اليوم الثاني فوجه قول ابي يوسف ومحمد على نحو ما ذكرنا في اليوم الاول انه سمى في اليوم الثاني عملا معلوما وبدلا معلوما كما في اليوم الاول فلا معنى لفساد العقد فيه كما لا يفسد في اليوم الاول ولابي حنيفة انه اجتمع في اليوم الثاني بدلان متفاوتان في القدر لان البدل المذكور في اليوم الاول جعل مشروطا في اليوم الثاني بدليل انه لو لم يذكر لليوم الثاني بدلا اخر وعمل اليوم الثاني يستحق المسمى في اليوم الاول فلو لم يجعل المذكور من البدل في اليوم الاول مشروطا في الثاني لما استحق المسمى واذا اجتمع بدلان في اليوم الثاني صار كانه قال في اليوم الثاني فلك درهم او نصف درهم فصار الاجر مجهولا فيوجب فساد العقد فاذا خاطه في اليوم الثاني فله اجر مثله لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم هكذا ذكر في الاصل وهو احدى روايتي ابن سماعة في نوادره عن ابي يوسف واحدى روايتي ابن سماعة في نوادره عن محمد وروى ابن سماعة في نوادره عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في رواية اخرى ان له في اليوم الثاني اجر مثله لا يزاد على نصف درهم وذكر القدوري ان هذه الرواية صحيحة ووجهها ان الواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يزاد على المسمى والمسمى في اليوم الثاني نصف درهم لا درهم انما

وفي الجامع الصغير وذكر محمد في الاملاء

الدرهم

الدرهم سمي في اليوم الاخر وذلك عقد اخر فلا يعتبر به وجه رواية الاصل انه اجتمع في الغد تسميتان لان التسمية الاولى عند مجي الغد قايمة لما ذكرنا فيعمل بهما فتعتبر الاولى لمنع الزيادة والثانية لمنع النقصان وان خاط نصفه في اليوم الاول ونصفه في الغد فله نصف المسمى لاجل خياطته في اليوم واجر المثل لاجل خياطته في الغد لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم فان خاطه في اليوم الثالث فقد روى ابن سماعة عن محمد عن ابي حنيفة ان له اجر مثله لا يجاوز به نصف درهم لان صاحب الثوب لم يرض بتاخيره الى الغد باكثر من النصف فتاخيره الى اليوم الثالث اولى وان قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا اجر لك ذكر محمد في املايه انه ان خاطه في اليوم الاول فله درهم وان خاطه في اليوم الثاني فله اجر مثله لا يزاد على درهم لان اسقاطه في اليوم الثاني لا ينفي وجوبه في اليوم الاول ونفي التسمية في اليوم الثاني لا ينفي اصل العقد وكان في اليوم الثاني عقد لا تسمية فيه فيجب اجر المثل ولو قال ان خطته انت فاجرك درهم وان خاطه تلميذك فنصف درهم فهذا والخياطة الرومية والفارسية سوا ولو استاجر دارا شهرا بعشرة دراهم على انه ان سكنها يوما ثم خرج فعليه عشرة دراهم فهو فاسد لان المعقود عليه مجهول وهو سكنى شهر او يوم والله اعلم ومنها ان يكون مقدور الاستيفا حقيقة وشرعا لان العقد لا يقع وسيلة الى المقصود بدونه فلا يجوز استيجار الابق لانه لا يقدر على استيفا منفعته حقيقة لكونه معجوز التسليم حقيقة ولهذا لم يجز بيعه ولا تجوز اجارة المغصوب من غير الغاصب كما لا يجوز بيعه من غيره لما قلنا وعلى هذا تخرج اجارة المشاع من غير الشريك انها غير جايزة عند ابي حنيفة وزفر وقال الشافعي وابو يوسف ومحمد انها جايزة وجه قولهم ان الاجارة احد نوعي البيع فتعتبر بالنوع الاخر وهو بيع العين وانه جايز في المشاع كذا هذا فلو امتنع انما يمتنع لتعذر استيفا منفعته بسبب الشياع والشياع مقدور الانتفاع بالمهاياة ولهذا جاز بيعه وكذا يجوز من الشريك او من الشريكين في صفقة واحدة فكذا من الاجنبي والدليل عليه ان الشيوع الطاري لا يفسد الاجارة فكذا المقارن لان الطاري في باب الاجارة مقارن لان المعقود عليه المنفعة وانها تحدث شيا فشيا فكان كل جزء يحدث معقودا عليه مبتدا ولابي

حنيفة ان منفعة المشاع غير مقدور الاستيفا لان استيفاها بتسليم المشاع
والمشاع غير مقدور التسليم لانه مقدور التسليم بنفسه لانه اسم لسهم بنفسه صح
غير معين وغير المعين لا يتصور تسليمه بنفسه حقيقة وانما يتصور
تسليمه بتسليم الباقي وذلك غير معقود عليه فلا يتصور تسليمه شرعا
واما قولهما انه يمكن استيفا منفعة المشاع بالتهايي فنقول لا يمكن على
الوجه الذي يقتضيه العقد وهو الانتفاع بالنصف في كل المدة لان
التهايي بالزمان انتفاع بالكل في نصف المدة وذلك ليس بمقتضى العقد
والتهايي بالمكان انتفاع بربع المستاجر في كل المدة لان نصف هذا
النصف له بالملك ونصفه على طريق البدل عما في يد صاحبه وانه ليس
بمقتضى العقد ايضا فاذا لا يمكن تسليم المعقود عليه على الوجه الذي
يقتضيه العقد اصلا وراسا فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفا
حقيقة وشرعا ولان تجويز هذا العقد بالمهاياة لا يودي الى الدور لانه
لا مهاياة الا بعد ثبوت الملك ولا ملك الا بعد وجود العقد ولا عقد
الا بعد وجود شرطه وهو القدرة على التسليم فيتعلق كل واحد بصاحبه
فلا يتصور وجوده بخلاف البيع لان كون المبيع مقدور الانتفاع ليس
بشرط لجواز البيع فان بيع المهر والجحش والارض السبخة جايز وان لم
يكن منتفعا ولهذا يدخل الطريق في الاجارة من غير تسمية ولا يدخلان في الشرب صح
البيع الا بالتسمية لان كون المستاجر منتفعا به بنفسه شرط صحة الاجارة
ولا يمكن الانتفاع بدون الشرب والطريق بخلاف البيع واما الاجارة من
الشريك فعن ابي حنيفة فيه روايتان ولين سلمنا على الرواية المشهورة
فلان المعقود عليه هنا لك مقدور الاستيفا بدون المهاياة ولان منفعة
كل الدار تحدث على ملك المستاجر لكن بسببين مختلفين بعضها بسبب
الملك وبعضها بسبب الاجارة وكذا الشيوع الطاري فيه روايتان
عن ابي حنيفة في رواية تفسد الاجارة كالمقارن وفي رواية لا تفسد
وهي الرواية المشهورة عنه ووجهها ان عدم الشيوع عنده شرط
جواز العقد وليس كل ما يشترط لابتدا العقد يشترط لبقايه كالخلو هذا م
عن العدة فان العدة تمنع ابتدا العقد ولا تمنع البقا كذا هذا وسوا كانت
الدار كلها لرجل فاجر نصفها من رجل او كانت بين اثنين فاجر احدهما
نصيبه من رجل كذا ذكر الكرخي وذكر ابو طاهر الدباس ان اجارة المشاع

م في جامع قاضيخان نصا عن ابي حنيفة ان الاجارة لا تجوز في الوجهين جميعا م

١٦١

35

انما لا تجوز عند ابي حنيفة اذا اجر الرجل بعض ملكه فاما اذا اجر احد
الشريكين نصيبه فالعقد جايز بلا خلاف لان في الصورة الاولى تقع
المهاياة بين المستاجر وبين المواجر فتكون الدار في يد المستاجر مدة وفي
يد المواجر مدة ولا يجوز ان يستحق المواجر الاجر مع كون الدار في يده والمهاياة ة
في الصورة الثانية انما تقع بين المستاجر وبين غير المواجر وهذا لا يمنع
استحقاق الاجر لجواز ان تكون الدار في يد غير المستاجر واجرتها عليه كما لو يد م
اعارها ثم اجرها والصحيح ما ذكره الكرخي لان ما ذكرنا من المانع يعم الوجهين
جميعا وسوا كان المستاجر محتملا للقسمة او لا لان المانع من الجواز لا يوجب
الفصل بينهما بخلاف الهبة فان المانع ثمة خص المحتمل للقسمة وهو
ما ذكرنا في كتاب الهبة ولو اجر مشاعا يحتمل القسمة فقسم وسلم جاز
لان المانع من الجواز لا يوجب الفصل قد زال كما لو باع الجذع في السقف
ثم نزع وسلم وكما لو وهب مشاعا يحتمل القسمة ثم قسم وسلم فان اختصما قبل
القسمة فابطل الحاكم الاجارة ثم قسم وسلم بعد ذلك لا يجوز لان العقد انفسخ
من الاصل بابطال الحاكم فلا يحتمل الجواز الا بالاستيناف وتجوز اجارة الاثنين
من واحد لان المنافع تدخل في يد المستاجر جملة واحدة من غير شيوع
ويستوفيها من غير مهاياة ولو مات احد المواجرين حتى انتقضت الاجارة
في حصته لا تنتقض في حصة الحي وان صارت مشاعة وهو المسمى بالشيوع
الطاري لما ذكرنا وكذا يجوز رهن الاثنين من واحد وهبة الاثنين من
واحد لعدم الشيوع عند القبض ولذا تجوز اجارة الواحد من الاثنين لان
المنافع تخرج من ملك الاجر جملة واحدة من غير شياع ثم يثبت الشياع
لضرورة تفرق ملكيهما في المنفعة وانه يوجب قسمة المنافع بالتهايي
فينعدم الشيوع ولو مات احد المستاجرين حتى انتقضت الاجارة في حصته م م نقيت في حصة م
الحي كما كانت وتجوز رهن الواحد من اثنين ايضا لان الرهن شرع وثيقة
بالدين فجميع الرهن يكون وثيقة لكل واحد من المرتهنين الا ترى انه اذا
قضى الراهن دين احدهما لم يكن له ان ياخذ بعض الرهن واما هبة الواحد من
اثنين فانما لا تجوز عند ابي حنيفة لان الملك في باب الهبة يقع بالقبض
والشيوع ثابت عند القبض وانه يمنع من القبض فيمتنع وقوع الملك على ما
ذكرنا في كتاب الهبة وان استاجر ارضا فيها زرع للاجر او قصب او كرم م او نخل م
او ما يمنع من الزراعة لم تجز لانها مشغولة بمال المواجر فلا يتحقق تسليمه

فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفا وكذا لو استاجر ارضا فيها رطبة
فالاجارة فاسدة لانه لا يمكن تسليمها الابضرر وهو قطع الرطبة ولا
يجبر على الاضرار بنفسه فلم تكن المنفعة مقدور الاستيفا شرعا فلم تجز
كما لو اشترى جذعا في سقف فان قلع رب الارض الرطبة فقال للمستاجر
اقبض الارض فقبضها فهو جايز لان المانع قد زال فصار كمشتري الجذع
من السقف اذا نزعه البايع وسلمه الى المشتري فان اختصما قبل ذلك فابطل
الحاكم الاجارة ثم قلع الرطبة بعد ذلك لم يصح العقد لان العقد قد بطل
بابطال الحاكم فلا يحتمل العود فان مضى من مدة الاجارة يوم او يومان
قبل ان يختصما ثم قلع الرطبة فالمستاجر بالخيار ان شا قبضها على تلك
الاجارة وطرح عنه ما لم يقبض وان شا لم يقبض فرق بين هذا وبين
الدار اذا لم يسلمها المواجر في بعض المدة ان المستاجر لا يكون له خيار الترك
ووجه الفرق ان المقصود من اجارة الارض الزراعة والزراعة لا تمكن
في جميع الاوقات بل في بعض الاوقات دون بعض وتختلف بالتقدم والتاخير
فالمدة المذكورة فيها يقف بعضها على بعض ويكون الكل كمدة واحدة
واذا مضى بعضها فقد تغير عليه صفة العقد لاختلاف المقصود
فكان له الخيار بخلاف اجارة الدار لان المقصود منها السكنى وسكنى كل
يوم لا تعلق له بيوم اخر فلا يقف بعض المدة فيها على بعض ولا يوجب خللا
في المقصود من الباقي فلا يثبت الخيار ولو اشترى اطرافا ثم استاجر الارض
لتبقيه ذلك لم يجز لان اصل الرطبة ملك المواجر ط لا يصح لان كونها مشغولة
بمال يمنع التسليم فيمنع استيفا المعقود عليه كاستيجار ارض فيها
زرع المواجر ولو اشترى الرطبة باصلها ليقلعها ثم استاجر الارض مدة
معلومة ليبقيها جاز لان الارض هاهنا مشغولة بمال المستاجر وذا لا يمنع
الاجارة كما لو استاجر ما هو في يده وكذلك اذا اشترى شجرة فيها ثمرة
بثمرتها على ان يقلعها ثم استاجر الارض فبقاها فيها جاز لما قلنا قال
محمد رحمه الله وان استعار الارض في ذلك كله فهو جايز لان المالك بالاعارة
اباح الانتفاع بملكه فيجوز وعلى هذا ايضا يخرج ما ذكرنا من استيجار الفحل
للانزا واستيجار الكلب المعلم والبازي المعلم للاصطياد انه لا يجوز لان المنفعة
المطلوبة منه غير مقدورة الاستيفا اذ لا يمكن اجبار الفحل على الضراب والانزا
ولا اجبار الكلب المعلم والبازي المعلم على الصيد فلم تكن المنفعة التي هي معقود

بلغ
ط فكانت الارض مشغولة بمال المواجر واستيجار رقعة مشغولة بمال المواجر ح

عليها

عليها مقدور الاستيفا في حق المستاجر فلم تجز وعلى هذا ايضا يخرج استيجار
الانسان للبيع والشرا انه لا يجوز لان البيع والشرا لا يتم بواحد بل بالبايع والمشتري
فلا يقدر الاجير على ايفا المنفعة بنفسه فلا يقدر المستاجر على الاستيفا
فصار كما لو استاجر رجلا ليحمل خشبة بنفسه وهو لا يقدر على حملها بنفسه
ولو ضرب لذلك مدة بان استاجره شهرا ليبيع له ويشتري جاز لما مر
وعلى هذا يخرج الاستيجار على تعليم القران والصنايع انه لا يجوز لان الاجير لا يقدر
على ايفا العمل بنفسه فلا يقدر المستاجر على الاستيفا وان شيت افردت
لجنس هذه المسايل شرطا فقلت ومنها ان يكون العمل المستاجر له مقدور
الاستيفا من العامل بنفسه ولا يحتاج فيه الى غيره وخرجت المسايل عليه والاول
اقرب الى الصناعة فافهم وعلى هذا يخرج الاستيجار على المعاصي انه لا يصح لانه
استيجار على منفعة غير مقدورة الاستيفا شرعا كاستيجار الانسان للعب
واللهو كاستيجار المغنية والنايحة للغنا والنوح بخلاف الاستيجار لكتابة الغنا والنوح ح انه جايز لان الممنوع عنه نفس
الغنا والنوح لا كتابتهما وكذا لو استاجر رجلا ليقتل له رجلا او ليسجنه او ليضربه
ظلما وكذا كل اجارة وقعت لمظلمة لانه استيجار لفعل المعصية فلا يكون المعقود
عليه مقدور الاستيفا شرعا ح فان كان ذلك بحق بان استاجر انسانا ليقطع عضوا
جاز لانه مقدور الاستيفا لان محله معلوم فيمكنه ان يضع السكين عليه فيقطعه
وان استاجره لقصاص في النفس لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف ويجوز
عند محمد هو يقول استيفا القصاص بطريق مشروع هو حز الرقبة
والرقبة معلومة فكان المعقود عليه مقدور الاستيفا فاشبه الاستيجار
لذبح الشاة وقطع اليد وهما يقولان ان القطع بضرب العنق يقع على سبيل
التجافي عن المضروب ط فربما يصيب العنق ح وربما يعدل عنه الى غيره فان اصاب كان مشروعا وان
عدل كان محظورا لانه يكون مثلة وانها غير مشروعة بخلاف الاستيجار
على تشقيق الحطب لانه وان كان يقع على سبيل التجافي فكله مباح وهاهنا
بخلافه فلم يكن هذا النوع من المنفعة مقدور الاستيفا وليس كذلك ح القطع
والذبح لان القطع يقع بوضع السكين على موضع معلوم من اليد وهو المفصل
وامراره عليه وكذلك الذبح وهو الفرق ط ولو استاجر الذمي دارا من مسلم واراد
ان يصلي فيها بغير جماعة او يتخذها مصلى للعامة فقد ذكرنا حكمه فيما تقدم
ولو استاجر ذمي مسلما ليخدمه ذكر في الاصل انه يجوز واكره للمسلم خدمة
الذمي اما الكراهة فلان الاستخدام استذلال فكان في اجارة المسلم نفسه منه

ط ولو استاجر ذمي من مسلم بيعة ليصلي فيها لم يجز لانه استيجار لفعل المعصية وكذا لو استاجر ذمي من ذمي لما قلنا ح

اذلال النفس وليس للمسلم ان يذل نفسه خصوصا لخدمة الكافر واما الجواز
فلانه عقد معاوضة فيجوز كالبيع وقال ابو حنيفة اكره ان يستاجر الرجل
امراة حرة يستخدمها ويخلو بها وكذلك الامة وهو قول ابي يوسف ومحمد
اما الخلوة فلان الخلوة بالمراة الاجنبية معصية واما الاستخدام فلانه لا يومن
معه الاطلاع عليها والوقوع في المعصية ويجوز الاستيجار لنقل الميتات
والجيف والنجاسات لان فيه دفع اذيتها عن الناس فلو لم يجز لتضرر
بها الناس وقال ابن رستم عن محمد انه لا باس باجرة الكناس ارايت لو (قال م)
لو استاجره ليخرج حمارا ميتا اما يجوز ذلك ويجوز الاستيجار على نقل ط من
(ط الميتا الكافر الى المقبرة لانه جيفة فيدفع اذيتها عن الناس كنسا الانجاس واما الاستيجار على نقله م)
بلد الى بلد فقد قال محمد رحمه الله ابتلينا بمسلة ميت مات من المشركين
فاستاجروا له من يحمله الى موضع فيدفنه فيه غير الموضع الذي مات فيه اراد
بذلك اذا استاجروا له من ينقله من بلد الى بلد فقال ابو يوسف لا اجر له
وقلت انا ان كان الحمال الذي حمله يعلم انه جيفة فلا اجر له وان لم يعلم فله الاجر
وجه قول محمد ان الاجير اذا علم انه جيفة فقد نقل ما لا يجوز له نقله
فلا يستحق الاجر واذا لم يعلم فقد غروه بالتسمية والغرور يوجب الضمان
ولابي يوسف ان الاصل ان لا يجوز نقل الجيفة وانما رخص في نقلها للضرورة
وهي ضرورة دفع اذيتها ولا ضرورة في النقل من بلد الى بلد فيبقى على اصل الحرمة
كنقل الميتة من بلد الى بلد ومن استاجر حمالا يحمل له الخمر فله الاجر
في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا اجر له كذا ذكر في الاصل وذكر في
الجامع الصغير انه يطيب له الاجر في قول ابي حنيفة وعندهما يكره لهما
ان هذه اجارة على المعصية لان حمل الخمر معصية لكونه اعانة وقد قال الله تعالى (على المعصية صح)
ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ولهذا لعن الله في الخمر عشرة منهم حاملها والمحمول
اليه ولابي حنيفة ان نفس الحمل ليس بمعصية وانما هو الشرب لا ذلك بدليل ان
حملها للاراقة والتخليل مباح وكذا ليس بسبب للمعصية وهو الشرب لان
ذلك حصل بفعل فاعل مختار وليس الحمل من ضرورات الشرب فكان
سببا محضا فلا حكم له كعصر العنب وقطفه والحديث محمول على الحمل بنية
الشرب وبه نقول لان ذلك معصية ويكره اكل اجرته ولا تجوز اجارة الاماء
للزنا لانها اجارة على المعصية وقيل فيه نزل قوله تعالى ولا تكرهوا فتياتكم على
البغاء ان اردن تحصنا لتبتغوا عرض الحياة الدنيا وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى عن مهر البغي وهو اجر الزانية على الزنا ويجوز الاجارة للحجامة واخذ الاجر عليها

لان

لان الحجامة امر مباح وما ورد من النهي عن كسب الحجام في الحديث عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال من السحت عسب التيس وكسب الحجام فهو محمول
على الكراهة لدناءة الفعل والدليل عليه ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
لما قال ذلك اتاه رجل من الانصار فقال ان لي حجاما وناضحا افاعلف
ناضحي من كسبه قال نعم وروي انه عليه السلام احتجم واعطى الحجام دينارا
ولا يجوز استيجار الرجل اباه ليخدمه لانه مامور بتعظيم ابيه وفي
الاستخدام به وكان حراما وكان هذا استيجارا على المعصية وسواء كان (استخفاف م)
الاب حرا او عبدا استاجره ابنه من مولاه ليخدمه لانه لا يجوز استخدام
الاب حرا كان او عبدا وسواء كان الاب مسلما او ذميا لان تعظيم الاب
واجب وان اختلف الدين قال الله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا
وهذا في الابوين الكافرين لانه معطوف على قوله وان جاهداك على
ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وان شئت افردت لجنس هذه
المسايل شرطا وخرجتها عليه فقلت ومنها ان تكون المنفعة مباحة الاستيفا
فان كان محظور الاستيفا لم تجز الاجارة لكن في هذا شبهة التداخل في
الشروط والصناعة تمنع من ذلك وعلى هذا يخرج ما اذا استاجر
رجلا على عمل في شيء هو فيه شريكه نحو ما اذا كان بين اثنين طعام فاستاجر
احدهما صاحبه على ان يحمل نصيبه الى مكان معلوم والطعام غير
مقسوم فحمل الطعام كله او استاجر غلام صاحبه او دابة صاحبه على (مقسوم م)
ذلك انه لا تجوز هذه الاجارة عند اصحابنا واذا حمل لا اجر له وعند
الشافعي هذه الاجارة جايزة واذا حمل له الاجر وجه قوله ان الاجير
باع نصف منفعة الحمل الشايع من شريكه لان الاجارة بيع المنفعة فيصح
في الشايع كبيع العين وهذا لان عمله وهو الحمل وان صادف محلا مشتركا
وهو لا يستحق الاجرة بالعمل في نصيب نفسه فيستحقها بالعمل في
نصيب شريكه ولنا انه اجر ما لا يقدر على ايفائه لتعذر تسليم الشايع
بنفسه فلم يكن المعقود عليه مقدور الاستيفا وانما لا يجب الاجر اصلا
لانه لا يتصور استيفا المعقود عليه اذ لا يتصور حمل نصف الطعام شا (يعا)
ووجوب اجر المثل يقف على استيفا المعقود عليه ولم يوجد فلا يجب
بخلاف ما اذا استاجر من رجل بيتا ليضع فيه طعاما مشتركا بينهما او
سفينة او جوالقا ان الاجارة جايزة لان التسليم ثمة يتحقق بدون الوضع

بدليل انه لو سلم السفينة والبيت والجوالق ولم يضع وجب الاجر وها هنا
لا يتحقق بدون العمل وهو الحمل والشائع غير مقدور الحمل بنفسه وذكر
ابن سماعة عن محمد في طعام بين رجلين ولاحدهما سفينة وارادا ان
يخرجا الطعام من عندهما الى بلد اخر فاستاجر احدهما نصف سفينة
صاحبه او ارادا ان يطحنا الطعام فاستاجر احدهما نصف الرحا التي لشريكه
او استاجر انصاف جوالقه ليحمل فيه الطعام الى مكة فهو جائز وهذا على
قول من يجيز اجارة المشاع والاصل ان كل موضع لا يستحق فيه الاجرة الا بالعمل
لا تجوز الاجارة فيه على العمل في محل مشترك وما يستحق فيه الاجرة من غير
عمل تجوز الاجارة فيه بوضع العين المشتركة في المستاجر وفقه هذا
الاصل ما ذكرنا ان ما لا يجب الاجرة فيه الا بالعمل فلا بد من امكان ايفاء العمل
ولا يمكن في العين المشتركة فلا يكون المعقود عليه مقدور التسليم ط والاستيفاء
بدونه فتجوز الاجارة وعلى هذا يخرج ما اذا استاجر رجلا على ان يحمل له
طعاما بعينه الى مكان معلوم بقفيز منه او استاجر غلامه او دابته على ذلك
انه لا يصح لانه لو صح لبطل من حيث صح لان الاجير يصير شريكا باول جزء
من العمل وهو الحمل فكان العمل بعد ذلك فيما هو شريك فيه وذا لا يجوز
لما بينا واذا حمل فله اجر مثله لانه استوفى المنافع بعقد فاسد فيجب
اجر المثل ولا يجاوز به قفيزا لان الواجب في الاجارات الفاسدة الاقل من
المسمى ومن اجر المثل لما نذكر في بيان حكم الاجارة الفاسدة ان شاء الله تعالى
ومنها ان لا يكون العمل المستاجر له فرضا ولا واجبا على الاجير قبل الاجارة
فان كان فرضا او واجبا قبل الاجارة لم تصح الاجارة لان من اتى بعمل مستحق
عليه لا يستحق الاجرة كمن قضى دينا عليه ولهذا قلنا ان الثواب على العبادات
والقرب والطاعات افضال من الله تعالى غير مستحق عليه لان وجوبها
على العبد بحق العبودية لمولاه لان خدمة المولى على العبد مستحقة وبحق
شكر النعمة السابقة لان شكر النعمة واجب عقلا وشرعا
ومن قضى حقا مستحقا عليه لغيره لا يستحق قبله الاجرة كمن قضى دينا
عليه في الشاهد وعلى هذا يخرج الاستيجار على الصوم والصلاة والحج انه
لا يصح لانها من فروض الاعيان ولا يصح الاستيجار على تعليم العلم لانه
فرض عين ولا على تعليم القران عندنا وقال الشافعي الاجارة على تعليم القران
جائزة لانه استيجار لعمل معلوم م فيجوز ولنا انه استيجار لعمل مفروض فلا

[هامش: ط فلا يكون مقدور الاستيفاء فلم تجز الاجارة وما لا يقف وجوب الاجرة فيه على العمل كان المعقود عليه مقدور التسليم م]

[هامش: الاستيجار على تعليم العلم]

[هامش: م ببدل معلوم م]

يجوز

يجوز كالاستيجار على الصوم والصلاة ولانه غير مقدور الايفاء في حق الاجير لتعلقه
بالمتعلم فاشبه الاستيجار بحمل خشبة لا يقدر على حملها بنفسه وقد روي ان ابي بن كعب
اقرأ رجلا فاعطاه قوسا فسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال اتحب
ان يقوسك الله تعالى بقوس من نار قال لا قال فرده ولا على الجهاد لانه فرض
عين عند عموم النفير وفرض كفاية في غير تلك الحالة واذا شهد
الوقعة فيتعين عليه فيقع عن نفسه وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال مثل من يغزو من امتي وياخذ الجعل عليه كام موسى ترضع ولدها وتاخذ
عليه اجرا ولا على الاذان والاقامة لانها واجبة وقد روي عن عثمان بن ابي العاص
الثقفي انه قال اخر ما عهد الي رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اصلي بالقوم
صلاة اضعفهم وان اتخذ مؤذنا لا ياخذ على الاذان اجرا ولان الاستيجار على
الاذان والاقامة والامامة وتعليم العلم والقران سبب لتنفير الناس عن
الصلاة بجماعة وعن تعلم العلم والقران لان ثقل الاجر يمنعهم عن ذلك والى
هذا اشار الرب جل جلاله وعلا في قوله ام تسألهم اجرا فهم من مغرم مثقلون
فيؤدي الى الرغبة عن هذه الطاعات وهذا لا يجوز وقال تعالى وما
تسألهم عليه من اجر اي على ما تبلغ اليهم اجرا وهو كان يبلغ بنفسه وبغيره
بقوله الا فليبلغ الشاهد الغائب فكان كل معلم مبلغا فاذا لم يجز له اخذ
الاجر على ما يبلغ بنفسه لما قلنا فكذا المبلغ بامره لان ذلك تبليغ منه معنى
ويجوز الاستيجار على تعليم اللغة والادب لانه ليس بفرض ولا واجب وكذا يجوز
الاستيجار ط على غسل الميت ذكره في الفتاوى لانه واجب ويجوز الاستيجار
على حفر القبور واما على حمل الجنازة فذكر في بعض الفتاوى انه جائز على الاطلاق
وفي بعضها انه ان كان يوجد غيرهم يجوز وان كان لا يوجد غيرهم لا يجوز لان
الحمل عليهم واجب وعلى هذا يخرج ما اذا استاجر الرجل ابنه وهو حر بالغ ليخدمه
انه لا يجوز لان خدمة الاب الحر واجبة على الابن الحر فان كان الولد عبدا فاستاجره
ابنه من مولاه جاز لانه اذا كان عبدا لا يجب عليه خدمة الاب وكذلك ان كان
الابن مكاتبا لانه لا يلزمه خدمة ابيه فكان كالاجنبي ولو استاجر امراته لتخدمه
كل شهر باجر مسمى لم يجز لان خدمة البيت عليها فيما بينها وبين الله تعالى لما روي
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الاعمال بين علي وفاطمة فجعل ما كان داخل البيت على فاطمة
وما كان خارج البيت على علي رضي الله عنهما فكان هذا استيجارا على عمل واجب فلم يجز
ولانها تنتفع بخدمة البيت والاستيجار ينتفع به الاجير غير جائز ولا يجوز استيجار

[هامش: م صلى الله عليه وسلم صح]

[هامش: م والامامة صح]

[هامش: الاستيجار على تعليم اللغة]

[هامش: ط على بناء المساجد والرباطات والقناطر لما قلناه ولا يجوز الاستيجار م]

[هامش: م والابن حر م]

[هامش: م على عمل م]

اجرة الرضاع

الزوجة على رضاع ولد منها لان ذلك استيجار على خدمة الولد وانما اللبن
يدخل فيه تبعا لما ذكرنا وكان استيجارا على امر عليها فيما بينها وبين الله تعالى ولان
الزوجة مستحقة النفقة على زوجها واجرة الرضاع تجري مجرى النفقة فلا
تستحق نفقتين على زوجها حتى لو كان للولد مال فاستاجرها لارضاع ولدها
منه من مال الولد جاز كذا روى ابن رستم عن محمد لانه لا نفقة لها على
الولد فلا يكون فيه استحقاق نفقتين ولو استاجر لولد من ذوات الرحم المحرم
اللاتي لهن حضانته جاز لانه ليس عليهن خدمة البيت ولا نفقة لهن على اب
الولد ويجوز استيجار الزوجة لارضاع ولد من غيرها لانه ليس عليها خدمة
ولد غيرها ولو استاجر على رضاع ولده خادم امه فخادمها بمنزلتها فما جاز
فيها جاز في خادمها وما لم يجز فيها لم يجز في خادمها لانها هي المستحقة لنفقة خادمها
فصار كنفقتها وكذا مدبرتها لانها تملك منافعها فان استاجر مكاتبته جاز
لانها لا تملك منافع المكاتبة وكانت كالاجنبية ولو استاجرت المراة زوجها
ليخدمها في البيت باجر مسمى فهو جائز لان خدمة البيت غير واجبة على الزوج
فكان هذا استيجارا على امر غير واجب على الاجير وكذلك لو استاجرته لرعي
غنمها لان رعي الغنم لا يجب على الزوج وان شيت عبرت عن هذا الشرط فقلت
ومنها ان لا ينتفع الاجير بعمله فان كان ينتفع به لم يجز لانه حينيذ يكون
عاملا لنفسه فلا يستحق الاجر ولهذا قلنا ان الثواب على الطاعات من طريق
الافضال لا الاستحقاق لان العبد فيما يعمله من القربات والطاعات عامل
لنفسه قال الله تعالى من عمل صالحا فلنفسه ومن عمل لنفسه لا يستحق الاجر
على غيره وعلى هذه العبارة ايضا يخرج الاستيجار على الطاعات فرضا كانت
او واجبة او تطوعا لان الثواب موعود للمطيع على الطاعة فينتفع الاجير بعمله
فلا يستحق الاجر وعلى هذا يخرج ما اذا استاجر رجلا ليطحن له قفيزا من حنطة
بربع من دقيقها او ليعصر له قفيزا من سمسم بجزء معلوم من دهنه انه لا يجوز
لان الاجير ينتفع بعمله من الطحن والعصر فيكون عاملا لنفسه وقد روي عن
رسول الله صلى الله عليه انه نهى عن قفيز الطحان ولو دفع الى حايك غزلا لينسجه
بالنصف فالاجارة غير جايزة لان الحايك ينتفع بعمله وهو الحياكة وكذا هو في معنى
قفيز الطحان فكان الاستيجار عليه منهيا واذا حاكه فللحايك اجر مثل اجر مثله
عمله لاستيفا به المنفعة باجارة فاسدة وبعض مشايخ بلخ جوزوا هذه الاجارة
وهو محمد بن سلمة ونصر بن يحيى ومنها ان تكون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاؤها

بعقد الاجارة ويجري فيها التعامل بين الناس لانه عقد شرع بخلاف القياس
لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل للناس فيه فلا يجوز استيجار الاشجار لتجفيف
الثياب عليها او للاستظلال بها لان هذه منفعة غير مقصودة من الشجر
واذا اشترى ثمرة شجر ثم استاجر الشجر لتبقيه ذلك فيه لم يجز لانه لا يقصد من
الشجر هذا النوع من المنفعة وهو تبقية الثمر عليها فلم تكن منفعة مقصودة
عادة وكذا لو استاجر الارض التي فيها ذلك الشجر لان الشجر يصير مستاجرا باستيجار
الارض ولا يجوز استيجار الشجر وقال ابو يوسف اذا استاجر ثيابا ليبسطها
في بيت يتزين بها ولا يجلس عليها فالاجارة فاسدة لان بسط الثياب من
غير استعمال ليس بمنفعة مقصودة عادة وقال عمرو عن محمد في رجل
استاجر دابة ليجنبها يتزين بها فلا اجر عليه لان قود الدابة للتزين ليس
بمنفعة مقصودة ولا يجوز استيجار الدراهم والدنانير لتزيين الحانوت ولا
استيجار العود والمسك وغيرهما من المشمومات للشم لانه ليس بمنفعة
مقصودة الا ترى انه لا يعتاد استيفاؤها بعقد الاجارة والله الموفق
واما الذي يرجع الى محل المعقود عليه فهو ان يكون مقبوض المواجر اذا كان
منقولا فان لم يكن في قبضه فلا تصح اجارته لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ممم
فيه غرر وان لم يكن منقولا ففيه الاختلاف المعروف في بيع العين انها جايزة
عند ابي حنيفة وابي يوسف ولا تجوز عند محمد وقيل في الاجارة لا تجوز
بالاجماع واما الذي يرجع الى ما يقابل المعقود عليه وهو الاجرة فالاجرة في
الاجارات معتبرة بالثمن في البياعات لان كل واحد من العقدين معاوضة
المال بالمال فما يصلح ثمنا في البياعات يصلح اجرة في الاجارات وما لا فلا
وهو ان تكون الاجرة مالا متقوما معلوما وغير ذلك مما ذكرناه في كتاب البيوع
والاصل في شرط العلم بالاجرة قول النبي صلى الله عليه وسلم من استاجر اجيرا
فليعلمه اجره والعلم بالاجرة لا يحصل الا بالاشارة والتعيين او بالبيان
وجملة الكلام فيه ان الاجر لا يخلو اما ان كان شيا بعينه واما ان كان بغير عينه
فان كان بعينه فانه يصير معلوما بالاشارة ولا يحتاج فيه الى ذكر الجنس والنوع
والصفة والقدر سوا كان مما يتعين بالتعيين او مما لا يتعين كالدراهم والدنانير
ويكون تعيينها كناية عن ذكر الجنس والنوع والصفة والقدر على اصل اصحابنا
الا ان المشار اليه اذا كان مما له حمل ومونة يحتاج الى بيان مكان الايفا عند ابي حنيفة
وان كان بغير عينه فان كان مما يثبت دينا في الذمة في المعاوضات المطلقة كالدراهم

ممم مالم يقبض والاجارة نوع
بيع فيدخل تحت النهي
ولان فيه غرر انفساخ
العقد لاحتمال هلاك
المبيع قبل القبض فينفسخ
البيع فلو نفسخ الاجارة
وقد نهى رسول الله صلى
الله عليه وسلم عن بيع
صح

والدنانير والمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة والثياب لا يصير
معلوما الا ببيان الجنس والنوع من ذلك الجنس والصفة والقدر الا ان في الدراهم
والدنانير اذا لم يكن في البلد الا نقد واحد ووزن واحد لا يحتاج فيها الى ذكر
النوع والوزن ويكتفي بذكر الجنس ويقع على نقد البلد ووزن البلد وان
كان في البلد نقود مختلفة يقع على النقد الغالب وان كان فيه نقود غالبة
لا بد من البيان فان لم يبين فسد العقد ولا بد من مكان الايفا فيما له حمل (بيان م)
ومونة في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا يشترط ذلك ويتعين
مكان العقد للايفا وقد ذكرنا المسالة في كتاب البيوع وهل يشترط الاجل
ففي المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة لا يشترط لان هذه الاشيا
كما تثبت دينا في الذمة موجلا بطريق السلم تثبت دينا في الذمة مطلقا لا بطريق
السلم بل بالقرض فكان لثبوتها اصلان فان ذكر الاجل جاز وثبت الاجل كالسلم
وان لم يذكر جاز كالقرض واما في الثياب فلا بد من الاجل لانها لا تثبت دينا في الذمة
الا موجلا فكان لثبوتها اصل واحد وهو السلم فلا بد فيها من الاجل كالسلم
وان كان مما لا يثبت دينا في الذمة في عقود المعاوضات المطلقة كالحيوان
فانه لا يصير معلوما بذكر الجنس والنوع والصفة والقدر الا ترى انه لا يصلح
ثمنا في البياعات فلا يصلح اجرة في الاجارات وحكم التصرف في الاجرة قبل
القبض اذا وجبت في الذمة حكم التصرف في الثمن قبل القبض اذا كان دينا وقد
بينا ذلك في كتاب البيوع واذا لم تجب بان لم يشترط فيها التعجيل فحكم
التصرف فيها نذكره فيما في بيان حكم الاجارة ان شا الله تعالى وما كان
منها عينا مشارا اليه فحكمها حكم الثمن اذا كان عينا حتى لو كان منقولا لا يجوز
التصرف فيه قبل القبض وان كان عقارا فعلى الاختلاف المعروف في البيوع انه
يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يجوز وهي من مسايل البيوع
ولو استاجر عبدا باجر معلوم وبطعامه او استاجر دابة باجر معلوم وعلفها
لم يجز لان الطعام او العلف يصير اجرة وهو مجهول فكانت الاجرة
مجهولة والقياس في استيجار الظير بطعامها وكسوتها انه لا يجوز وهو
قول ابي يوسف ومحمد لجهالة الاجرة وهي الطعام والكسوة الا ان ابا
حنيفة رحمه الله استحسن الجواز بالنص وهو قوله تعالى وعلى المولود له
رزقهن وكسوتهن بالمعروف من غير فصل بينما اذا كانت الوالدة منكوحة
او مطلقة وقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك اي الرزق والكسوة وذلك

يكون

يكون بعد موت المولود له وقوله تعالى وان اردتم ان تسترضعوا اولادكم فلا
جناح عليكم اذا سلمتم ما اتيتم بالمعروف نفى الجناح عن الاسترضاع مطلقا وقولهما
الاجرة مجهولة مسلم لكن الجهالة لا تمنع صحة العقد لعينها بل لافضايها الى
المنازعة وجهالة الاجرة في هذا الباب لا تفضي الى المنازعة لان العادة جرت
بالمسامحة مع الاظار والتوسع عليهن شفقة على الاولاد فاشبهت جهالة
القفيز من الصبرة ولو استاجر دارا باجرة معلومة وشرط الاجر تطيين
الدار ومرمتها او تعليق باب عليها او ادخال جذع في سقفها على المستاجر
فالاجارة فاسدة لان المشروط يصير اجرة وهو مجهول فتصير الاجرة
مجهولة وكذا اذا اجر ارضا وشرط كري نهرها او حفر بيرها او ضرب مسناة عليها (٢ و شرط صح)
لان ذلك كله على الموجر فاذا شرط على المستاجر فقد جعله اجرة وهو مجهول
فصارت الاجرة مجهولة ومنها ان لا تكون الاجرة منفعة هي من جنس المعقود عليه
كاجارة السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة والركوب بالركوب والزراعة بالزراعة
حتى لا يجوز شي من ذلك عندنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط ويجوز هذه
الاجارة وان كانت الاجرة من خلاف الجنس جاز كاجارة السكنى بالخدمة والخدمة
بالركوب ونحو ذلك والكلام فيه فرع الكلام في كيفية انعقاد هذا العقد فعندنا ينعقد
شيا فشيا على حسب حدوث المنفعة فلم يكن كل واحد من المنفعتين معينة
بل هي معدومة وقت العقد فيتاخر قبض احد المستاجرين فيتحقق ربا
النسا والجنس بانفراده يحرم النسا عندنا كاسلام الهروي في الهروي والى
هذا اشار محمد رحمه الله فيما حكي ان ابن سماعة كتب اليه يساله عن هذه المسالة
انه كتب اليه في الجواب انك اطلت الفكرة فاصابتك الحيرة وجالست الجبائي
فكانت منك فترة وزلة اما علمت ان بيع السكنى بالسكنى كبيع الهروي بالهروي
بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة لان الربا لا يتحقق في جنسين وعند الشافعي
منافع المدة تجعل موجودة وقت العقد كانها اعيان قايمة فلا يتحقق معنى (٢ فالجنس صح)
النسية ولو تحقق فالجنس بانفراده لا يحرم النسا عنده وتعليل من علل في هذه المسالة
ان هذا في معنى بيع الدين بالدين لان المنفعتين معدومتان وقت العقد وكانتا
اعيانا قايمة فلا يتحقق معنى النسية فكان بيع الكالي بالكالي غير سديد (الدين اسم لموجود في الذمة)
لان الدين اسم لموجود في الذمة اخر بالاجل المضروب بتغيير مقتضى مطلق العقد
فاما ما لا وجود له وتاخر وجوده الى وقت فلا يسمى دينا وحقيقة الفقه في
المسالة ما ذكر امام الهدى الشيخ ابو منصور الماتريدي رحمه الله وهي ان الاجارة عقد

شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة تقع عند اتحاد الجنس فبقي على اصل
القياس والحاجة تتحقق عند اختلاف الجنس فيجوز ويستوي في ذلك العبد
والامة حتى لو استاجر عبدا يخدمه شهرا بخدمة امة كان فاسدا لاتحاد
جنس المنفعة ثم في اجارة الخدمة بالخدمة اذا خدم احدهما ولم يخدمه الاخر
روي عن ابي يوسف انه لا اجر عليه وذكر الكرخي وقال الظاهر ان له اجر المثل
وجه رواية ابي يوسف انه لما قابل المنفعة بجنسها ولم تصح هذه المقابلة
فقد جعل بازاء المنفعة ما لا قيمة له فكان راضيا ببذل المنفعة بلا بدل وجه
ما ذكره الكرخي انه استوفى المنافع بعقد فاسد والمنافع تتقوم بالعقد الصحيح
والفاسد لما نذكره نحققه انها تتقوم بالعقد الفاسد الذي لم يذكر فيه
بدل راسا بان استاجر شيا ولم يسم عوضا اصلا فاذا سمى العوض وهو المنفعة
اولى وقال لو ان عبدا مشتركا تهايا الشريكان فيه الخدمة فخدم احدهما يوما
ولم يخدم الاخر انه لا اجر عليه لان هذا ليس بمبادلة بل افراز ويجوز استيجار
العبد بالعبد لعملين مختلفين كالخياطة والصياغة لان الجنس قد اختلف
وذكر الكرخي في الجامع اذا كان عبد بين اثنين اجر احدهما نصيبه من صاحبه
يخيط معه شهرا على ان يصوغ نصيبه معه في الشهر الداخل ان هذا لا يجوز
في العبد الواحد وان اختلف العمل وانما يجوز في العملين المختلفين اذا كانا
في عبدين لان هذه مهاياة منهما لانها فعلا لا يستحق عليها من غير اجارة والمهاياة
من شرط جوازها ان تقع على المنافع المطلقة فاما ان تعين احد الشريكين على
الاخر المنفعة فلا يجوز والله اعلم واما الذي يرجع الى ركن العقد فخلوه عن
شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه حتى لو اجر داره على ان يسكنها شهرا ثم
يسلمها الى المستاجر او ارضا على ان يزرعها ثم يسلمها اليه او دابة على ان
يركبها شهرا او ثوبا على ان يلبسه شهرا ثم يسلم الى المستاجر فالاجارة
فاسدة لان هذا شرط لا يقتضيه العقد وانه شرط لا يلائم العقد وزيادة
منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض في معاوضة المال بالمال تكون ربا
او فيها شبهة الربا وكل ذلك مفسد للعقد وعلى هذا ايضا يخرج شرط تطيين
الدار واصلاح ميزابها وما وهى منها واصلاح بير الماء والبالوعة والمخرج
وكري الانهار في اجارة الارض وطعام الاجير والعبد وعلف الدابة في اجارة العبد
والدابة ونحو ذلك لان ذلك كله شرط يخالف مقتضى العقد ولا يلائمه وفيه
منفعة لاحد العاقدين وذكر في الاصل انه اذا استاجر دارا مدة معلومة باجرة

مسماة

مسماة على ان لا يسكنها فالاجارة فاسدة ولا اجر على المستاجر ان لم يسكنها وان
سكنها فعليه اجر مثلها لا ينقص مما سمي اما فساد العقد فظاهر لانه شرط ان
لا يسكن شرط نفي موجب العقد وهو الانتفاع بالمعقود عليه وانه شرط يخالف
مقتضى العقد ولا يلائم العقد فكان شرطا فاسدا واما عدم وجوب الاجر
راسا ان لم يسكن ووجوب اجر المثل ان سكن فظاهر ايضا لان اجر المثل في
الاجارات الفاسدة انما يجب باستيفاء المعقود عليه لا بنفس التسليم وهو
التخلية كما في النكاح الفاسد لان التخلية هي التمكين وانه لا يتحقق مع الفساد
لوجود المنع من الانتفاع به شرعا فاشبه المنع الحسي من العباد وهو الغصب
بخلاف الاجارة الصحيحة لانه لا منع هناك فتحقق التسليم فاذا لم ينتفع به
المستاجر فقد اسقط حق نفسه في المنفعة فلا يسقط حق الاجر في الاجرة
واذا سكن فقد استوفى المعقود عليه بعقد فاسد وانه يوجب اجر المثل واما
قوله لا ينقص من المسمى ففيه اشكال لانه قد صح من مذهب اصحابنا الثلاثة
ان الواجب في الاجارة الفاسدة بعد استيفاء المعقود عليه الاقل من المسمى
ومن اجر المثل اذا كان الاجر مسمى وقد قال في هذه المسالة انه لا ينقص
من المسمى من المشايخ من قال المسالة مؤولة وتاويلها انه لا ينقص من المسمى
اذا كان اجر المثل والمسمى واحدا ومنهم من اجرى الرواية على ظاهرها وقال
ان العاقدين لم يجعلا المسمى بمقابلة المنافع حيث شرط المستاجر ان لا يسكن
ولا بمقابلة التسليم لما ذكرنا انه لا يتحقق مع فساد العقد فاذا سكن فقد
استوفى منافع ليس في مقابلتها بدل فيجب اجر المثل بالغا ما بلغ كما اذا لم
يكن في العقد تسمية اصلا الا انه قال لا ينقص من المسمى لان المستاجر رضي
بالمسمى بدون الانتفاع فعند الانتفاع اولى ولو اجر داره او ارضه او عبده
او دابته وشرط تسليم المستاجر جاز لان تسليم المستاجر من مقتضيات
العقد الا ترى انه يثبت بدون الشرط فكان هذا شرطا مقررا مقتضى
العقد لا مخالفا له فصار كما لو اجره على ان يملك المستاجر منفعة المستاجر
ولو اجر بشرط تعجيل الاجرة وشرط على المستاجر ان يعطيه بالاجرة رهنا
او كفيلا جاز اذا كان الرهن معلوما والكفيل حاضرا لان هذا شرط يلائم العقد
وان كان لا يقتضيه لما ذكرنا في البيوع فيجوز كما في بيع العين واما
شرط اللزوم فنوعان نوع هو شرط انعقاد العقد لازما من الاصل ونوع
هو شرط بقايه على اللزوم اما الاول فانواع منها ان يكون العقد صحيحا

العقد

شرط لزوم الاجارة

لان العقد الفاسد غير لازم بل هو مستحق النقض والفسخ رفعا للفساد حقا
للشرع فضلا عن الجواز ومنها ان لا يكون بالمستاجر عيب وقت العقد او
وقت القبض يخل بالانتفاع به فان كان لم يلزم العقد حتى قالوا في العبد
المستاجر للخدمة اذا ظهر انه سارق له ان يفسخ الاجارة لان السلامة مشروطة
دلالة فيكون كالمشروط نصا كما في بيع العين ومنها ان يكون المستاجر برى
المستاجر حتى لو استاجر دارا لم يرها ثم راها فلم يرض بها له ان يردها
لان الاجارة بيع المنفعة فيثبت فيها خيار الروية كما في بيع العين فان رضي
بها بطل خياره كما في بيع العين واما الثاني فنوعان احدهما سلامة المستاجر
عن حدوث عيب به يخل بالانتفاع به فان حدث به عيب يخل بالانتفاع به
لم يبق العقد لازما حتى لو استاجر عبدا يخدمه او دابة يركبها او دارا يسكنها
فمرض العبد او عرجت الدابة او انهدم بعض بنا الدار فالمستاجر بالخيار ان
شا مضى على الاجارة وان شا فسخ بخلاف البيع اذا احدث بالمبيع عيب بعد
القبض انه ليس للمشتري ان يرده لان الاجارة بيع المنفعة والمنافع تحدث
شيا فشيا فكان كل جزء من اجزا المنافع معقودا عليه مبتدا فاذا احدث
العيب بالمستاجر كان هذا عيبا حدث بعد العقد قبل القبض وهذا يوجب
الخيار في بيع العين فكذا في الاجارة فلا فرق بينهما من حيث المعنى واذا ثبت
الخيار للمستاجر فان لم يفسخ ومضى على ذلك الى تمام المدة فعليه كمال الاجر
لانه رضي بالمعقود عليه مع العيب فيلزمه جميع البدل كما في بيع العين اذا
اطلع المشتري على عيب ورضي به وان زال العيب قبل ان يفسخ بان صح العبد
وزال العرج عن الدابة وبنى المواجر ما سقط من الدار سقط خيار المستاجر
لان الموجب للخيار قد زال والعقد قايم فيزول الخيار وهذا اذا كان العيب
مما يضر بالانتفاع بالمستاجر فان كان لا يضر بالانتفاع به بقي العقد لازما ولا
خيار للمستاجر كالعبد المستاجر اذا ذهبت احدى عينيه وذلك لا يضر
بالخدمة او سقط شعره او سقط من الدار المستاجرة حايط لا ينتفع به في سكناها
لان العقد ورد على المنفعة لا على العين اذ الاجارة بيع المنفعة لا بيع العين ولا
نقصان في المنفعة بل في العين والعين غير معقود عليها في باب الاجارة وتغير
غير المعقود عليه لا يوجب الخيار بخلاف ما اذا كان العيب الحادث مما يضر
بالانتفاع لانه اذا كان يضر بالانتفاع فالنقصان يرجع الى المعقود عليه فاوجب
الخيار فله ان يفسخ ثم انما يلي الفسخ اذا كان المواجر حاضرا فان كان غايبا فحدث

بالمستاجر

المستاجر ما يوجب حق الفسخ فليس للمستاجر ان يفسخ لان فسخ العقد لا يجوز الا بحضور
العاقدين او من يقوم مقامهما وقال هشام عن محمد في رجل استاجر ارضا سنة
يزرعها شيا ذكره فزرعها فاصاب الزرع افة من برد او غيره فذهب وقد
ذهب وقت زراعة ذلك النوع فلا يقدر ان يزرع قال ان اراد ان يزرع
غيره مما ضرره على الارض اقل من ضرره او مثل ضرره فله ذلك وان
فسخت عليه الاجارة والزمته اجر ما مضى لانه اذا عجز عن زراعة ذلك النوع
كان استيفا الاجارة اضرارا به واذا انتقص الما عن الرحا حتى صار يطحن اقل
من نصف طحنه فذلك عيب لانه لا يقدر على استيفا العقد الا بضرر وهو
نقصان الانتفاع ولو تهدمت الدار كلها او انقطع الشرب عن الارض فقد
اختلفت اشارة الروايات فيه ذكر في بعضها ما يدل على ان العقد ينفسخ
فانه ذكر في اجارة الاصل اذا سقطت الدار كلها فله ان يخرج كان صاحب
الدار شاهدا او غايبا فهذا دليل الانفساخ حيث جوز للمستاجر الخروج
من الدار مع غيبة المواجر ولو لم ينفسخ لوقف جواز الفسخ على حضوره
والوجه فيه ان المنفعة المطلوبة من الدار قد بطلت بالسقوط اذ المطلوب
منها الانتفاع بالسكنى وقد بطل ذلك فقد هلك المعقود عليه فينفسخ
العقد وذكر في بعضها ما يدل على ان العقد لا ينفسخ لكن يثبت حق الفسخ
فانه ذكر في كتاب الصلح اذا صالح على سكنى دار فانهدمت لم ينفسخ الصلح
وروى هشام عن محمد فيمن استاجر بيتا وقبضه ثم انهدم فبناه الاجر
فقال المستاجر بعد ما بناه لا حاجة لي فيه قال محمد ليس للمستاجر ذلك
وكذلك لو قال المستاجر اخرج وابى الاجر ليس للاجر ذلك وهذا يجري
مجرى النص على ان الاجارة لم تنفسخ ووجهه ان الدار بعد الانهدام بقيت
منتفعا بها منفعة السكنى في الجملة بان يضرب فيها خيمة فلم يفت المعقود
عليه راسا فلا ينفسخ العقد على انه ان فات كله فات على وجه يتصور عوده
وهذا يكفي لبقا العقد كمن اشترى عبدا فابق قبل القبض والاصل فيه ان
العقد المنعقد بيقين يبقى لتوهم الفايدة لان الثابت بيقين لا يزال
بالشك كما ان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك وقد ذكر القدوري وقال
الصحيح ان العقد ينفسخ لما ذكرنا ان المنفعة المطلوبة من الدار عادة السكنى
فلا يعتبر بقاوه لبقا العقد وقال فيما ذكره محمد في البيت اذا بناه المواجر
انه لما بناه تبين ان العقد لم ينفسخ حقيقة وان حكم بفسخه ظاهرا فيجبر

ان يفسخ صح

او انقطع الما عن الرحا صح

قد بطلت وضرب الخيمة في الدار ليس بمنفعة مطلوبة من الدار صح

على التسليم والقبض وليس يمتنع الحكم بانفساخ عقد في الظاهر مع التوقف
في الحقيقة كمن اشترى شاة فماتت في يد البايع فدبغ جلدها انه يحكم ببقا
العقد بعد الحكم بانفساخه ظاهرا لموت الشاة لكن ها هنا واذا بقي العقد
يجبر على التسليم والتسلم وقبل البنا لا يعلم ان العقد لم ينفسخ حقيقة فيجب
العمل بالظاهر وذكر محمد رحمه الله في السفينة اذا نقضت وصارت الواحا
ثم بناها المواجر انه لا يجبر على تسليمها الى المستاجر فقد فرق بين السفينة
وبين البيت ووجه الفرق ان العقد في السفينة قد انفسخ حقيقة لان الاصل لازم
فيها الصناعة وهي التركيب والالواح تابعة للصناعة بدليل ان من غصب خشبة
فعملها سفينة ملكها فكان تركيب الالواح بمنزلة اتخاذ سفينة اخرى فلا
يجبر على تسليمها الى المستاجر بخلاف الدار لان عرصة الدار ليست بتابعة للبنا
بل العرصة فيها اصل فاذا بناها فقد بقيت تلك الدار بعينها فيجبر على
التسليم وقال محمد فيمن استاجر رحا ماء سنة فانقطع الما بعد ستة اسماء رحا ماء
اشهر فامسك الرحا حتى مضت السنة فعليه الاجر لستة اشهر الماضية
ولا شي عليه لما بقي لان منفعة الرحا قد بطلت فانفسخ العقد قال فان كان
البيت ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه بقي شي من المعقود
عليه له حصة بالعقد فاذا استوفاه لزمته حصته فان سلم المواجر الدار
الا بيتا منها ثم منعه رب الدار او غيره بعد ذلك من البيت فلا اجر على
المستاجر في البيت لانه استوفى بعض المعقود عليه دون بعض فلا يكون
عليه حصة ما لم يستوف وللمستاجر ان يمتنع من قبول الدار بغير البيت
وان يفسخ الاجارة اذا احدث ذلك بعد قبضه لان الصفقة تفرقت في
المعقود عليه وهو المنافع وتفرق الصفقة يوجب الخيار ولو استاجر
دارا اشهرا مسماة فلم يسلم اليه الدار حتى مضى بعض المدة ثم اراد ان يسلم
الدار فيما بقي من المدة فله ذلك وليس للمستاجر ان يابى ذلك وكذلك
لو كان المستاجر طلبها من المواجر فمنعه اياها ثم اراد ان يسلمها فذلك له
وليس للمستاجر ان يمتنع لان الخيار انما يثبت لحدوث تفرق الصفقة بعد
حصولها مجتمعة والصفقة ها هنا حين ما وقعت وقعت متفرقة لان م تحدث شيئا فشيئا لان كل جزء من المنافع م
المنافع كالمعقود عليه عقدا مبتدا فكان اول جزء من المنفعة مملوكا بعقد
والثاني مملوكا بعقد اخر وما ملك بعقدين فتعذر التسليم في احدهما لا يوثر
في الاخر فان استاجر دارين فسقطت احداهما او منعه مانع من احداهما

او

ع
اوحدث في احداهما عيب فله ان يتركهما جميعا لان العقد وقع عليهما صفقة
واحدة وقد تفرقت عليه فيثبت له الخيار والله اعلم والثاني عدم حدوث عذر
باحد العاقدين وبالمستاجر فان حدث باحدهما او بالمستاجر عذر لا يبقى العقد
لازما وله ان يفسخ وهذا عند اصحابنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط لبقا
العقد لازما ولقب المسالة ان الاجارة تفسخ بالاعذار عندنا خلافا له وجه
قوله ان الاجارة احد نوعي البيع فيكون لازما كالنوع الاخر وهو بيع الاعيان
والجامع بينهما ان العقد انعقد باتفاقهما فلا ينفسخ الا باتفاقهما ولنا
ان الحاجة تدعو الى الفسخ عند العذر لانه لو لزم العقد عند تحقق العذر
للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد لانه لو لزم العقد عند تحقق
تفصيل م العذر للزم لما نذكره في الاعذار الموجبة للفسخ فكان الفسخ في الحقيقة
امتناعا من التزام الضرر وله ولاية ذلك وقد خرج الجواب عن قوله ان
هذا بيع لانا نقول نعم لكنه عجز عن المضي في موجبه الا بضرر يلحقه لم يلتزمه
بالعقد فكان محتملا للفسخ في هذه الحالة كما في بيع العين اذا اطلع المشتري
على عيب في المبيع وكما لو حدث عيب بالمستاجر وكذا عن قوله العقد انعقد
باتفاقهما فلا ينفسخ الا باتفاقهما لان هذا هكذا اذا لم يعجز عن المضي على موجب
العقد الا بضرر غير مستحق بالعقد وقد عجز ها هنا فلا يشترط التراضي
على الفسخ كما في بيع العين وحدوث العيب بالمستاجر ثم انكار الفسخ
عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع لانه يقتضي ان من اشتكى ضرسه
فاستاجر رجلا ليقلعه فسكن الوجع يجبر على القلع ومن وقعت في يده اكلة
فاستاجر رجلا ليقطعها ثم برات يده يجبر على قطعها وهذا قبيح عقلا
وشرعا واذا ثبت ان الاجارة تفسخ بالاعذار فلا بد من بيان الاعذار
المثبتة للفسخ على التفصيل فنقول وبالله التوفيق ان العذر قد يكون
في جانب المستاجر وقد يكون في جانب المستاجر وقد يكون في جانب
المواجر اما الذي في جانب المستاجر فنحو ان يفلس فيقوم من السوق او يريد
سفرا او ينتقل من الحرفة الى الزراعة او من الزراعة الى التجارة او ينتقل من حرفة
الى حرفة لان المفلس لا ينتفع بالحانوت فكان في ابقا العقد من غير استيفا المنفعة
اضرار به ضررا لم يلتزمه بالعقد فلا يجبر على عمله واذا عزم على السفر ففي
ترك السفر مع العزم عليه ضرر به وفي ابقايه العقد مع خروجه الى السفر
ضرر به ايضا لما فيه من لزوم الاجرة من غير استيفا المنفعة والانتقال من

عمله لا يكون الا للاعراض عن الاول ورغبته عنه فان منعناه من الانتقال
اضررنا به وان بقينا العقد بعد الانتقال الزمناه الاجرة من غير استيفا
المنفعة وفيه ضرر به ولو اراد ان ينتقل من حانوت الى حانوت ليعمل ذلك العمل
بعينه في الثاني لما ان الثاني ارخص واوسع عليه لم يكن ذلك عذرا لانه يمكنه
استيفا المنفعة من الاول من غير ضرر وانما يطلب زيادة المنفعة وقد
رضي بالقدر الموجود منها في الاول وعلى هذا اذا استاجر رجلا لما لا يصل
الى الانتفاع به من غير ضرر يدخل في ملكه او بدنه ثم بدا له ان يفسخ الاجارة
بان استاجر رجلا ليقصر له ثيابا او ليقطعها او يخيطها او يهدم دارا له او
يقطع شجرا له او يقلع ضرسه او يحجم او ليفصد او ليزرع ارضا او يحدث
في ملكه شيا من بنا او نجارة او حفر بير ثم بدا له ان لا يفعل فله ان يفسخ الاجارة
ولا يجبر على شي من ذلك لان القصارة والقطع نقصان عاجل في المال بالغسل
والقطع وفيه ضرر وهدم الدار وقطع الشجر اتلاف المال ~~والزراعة~~
والزراعة اتلاف البذر وفي البنا اتلاف الالة وقلع الضرس والحجامة
والفصد اتلاف جزء من البدن وفيه ضرر الا انه استاجره لها لمصلحة
يأملها تربو على المضرة فاذا بدا له علم انه لا مصلحة فيه فبقي الفعل ضررا
في نفسه فكان له الامتناع من الضرر بالفسخ اذ الانسان لا يجبر على الاضرار
بنفسه وكذلك لو استاجر ابلا الى مكة ثم بدا للمستاجر ان لا يخرج فله ذلك
ولا يجبر على السفر لانه لما بدا له علم ان السفر ضرر فلا يجبر على تحمل الضرر
وكذا كل من استاجر دابة ليسافر ثم قعد عن السفر فله ذلك لما قلنا وقد
قالوا ان الجمال اذا قال للحاكم ان هذا لا يريد ان يترك السفر وانما يريد ان
يفسخ الاجارة قال له الحاكم انتظره فان خرج فقد الجمال معه فاذا فعلت
ذلك فلك الاجر فان قال صاحب الدار للحاكم هذا لا يريد سفرا وانما يقول
ذلك ليفسخ الاجارة استحلفه الحاكم بالله تعالى انه يريد السفر الذي عزم عليه
لانه يدعي سبب الفسخ وهو ارادة السفر ولا يمكنه اقامة البينة عليه
فلا يقبل قوله الا مع يمينه وقال لو خرج من المصر فراسخ ثم رجع فقال اصحاب
الدار انما اظهر الخروج لفسخ الاجارة وقد عاد استحلفه الحاكم بالله لقد
خرجت الى الموضع الذي ذكرت لان المواجر يدعي ان الفسخ وقع بغير عذر وهو م قاصدا م
عزم السفر الى موضع معلوم ولا يمكنه اقامة البينة عليه لان عزم المستاجر
لا يعلم الا من جهته فكان القول قوله مع يمينه واما الجمال اذا بدا له من الخروج

فليس

فليس له ان يفسخ الاجارة لان خروج الجمال مع الجمال ليس بمستحق بالعقد فان له
ان يبعث غيره مع الجمال فلا يكون وجوده عذرا بخلاف خروج المستاجر لان
غرضه يتعلق بخروجه بنفسه فكان قعوده عذرا ولو استاجر رجلا
ليحفر له بيرا فحفر بعضها فوجدها صلبة او خرج حجرا او وجدها ~~صلبة~~
رخوة بحيث يخاف التلف كان عذرا لانه يعجز عن المضي في موجب العقد الا
بضرر لم يلتزمه وقال هشام عن ابي يوسف في امراة ولدت يوم النحر قبل ان تطوف
فابى الجمال ان يقيم معها قال هذا عذر لانه لا يمكنها الخروج من غير طواف
ولا سبيل الى الزام الجمال الاقامة مدة النفاس لانه يتضرر بها اذ هي مدة
ما جرت العادة باقامة القافلة قدرها فيجعل عذرا في فسخ الاجارة وان
كانت قد ولدت قبل ذلك وقد بقي من نفاسها كمدة الحيض او اقل اجبر الجمال كمدة م
على المقام معها لان هذه المدة قد جرت العادة بمقام الحاج فيها بعد
الفراغ من الحج واما الذي هو في جانب المواجر فنحو ان يلحقه دين فادح
لا يجد قضاه الا من ثمن المستاجر من الابل والعقار ونحو ذلك اذا كان
الدين ثبت قبل عقد الاجارة بالبينة او بالاقرار او ثبت بالبينة بعد
عقد الاجارة م بالاقرار فكذلك عند ابي حنيفة واما عندهما فالدين الثابت م ولو ثبت بعد عقد الاجارة م
بالاقرار بعد عقد الاجارة لا تفسخ به الاجارة لانه متهم في هذا الاقرار ولابي
حنيفة ان الظاهر ان الانسان لا يقر بالدين على نفسه كاذبا وهذا العذر
من جانب المواجر بنا على ان بيع المواجر لا ينفذ عندنا من غير اجازة المستاجر
خلافا للشافعي على ما نذكره واذا لم يجز البيع مع قيام عقد الاجارة جعل
الدين عذرا في فسخ الاجارة الا ان ابقا الاجارة مع لحوق الدين الفادح العاجل
اضرار بالمواجر م لانه يحبس به ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق م بالمواجر م
بالعقد فان قيل كيف يحبسه القاضي وهو غير قادر على وفا الدين لتعلق
حق المستاجر به فينبغي ان لا يحبسه القاضي فالجواب ان القاضي لا يصدقه بع
انه لا مال له سوى المواجر فيحبسه الى ان يظهر حاله وفي الحبس ضرر
على انه ان لم يكن له مال اخر غير المواجر لكن حق المستاجر انما تعلق بالمنفعة
لا بالعين وقضا الدين يكون من بدل العين وهو الثمن فيحبس حتى يبيع
وكذلك لو اشترى شيا فاجره ثم اطلع على عيب به له ان يفسخ الاجارة
ويرده بالعيب على بايعه وان رضي المستاجر بالعيب فيجعل حق الرد بالعيب عذرا
له في فسخ الاجارة لانه لا يقدر على استيفا بها الا بضرر وهو التزام المبيع

المعيب ولو اراد المواجر السفر او النقلة عن البلد وقد اجر عقاره فليس له
ذلك بعذر لان استيفا منفعة العقار مع غيبته لا ضرر فيه عليه قال
ابو يوسف ان مرض المواجر او اصاب الدابة اقل ان يفسخ اذا كانت بعينها
اما اذا اصاب الابل فلا لان استعمال الدابة مع ما بها من الاجحاف بها وفيه
ضرر بصاحبها والضرر لا يستحق بالعقد فيثبت له حق الفسخ وكذا المستاجر
لان المنافع تنتقص بمرض الابل فصار ذلك عيبا فيها واما اذا مرض الجمال
فظاهر رواية الاصل تقتضي ان لا يكون عذرا لان اثر المرض في المنع من الخروج
وخروج الجمال بنفسه مع الجمال غير مستحق بالعقد واما وجه رواية
ابي يوسف وهو الفرق بين مرض الجمال وبين قعوده ان الجمال يقوم على
جماله بنفسه فاذا مرض لا يقوم غيره مقامه الا بضرر وليس كذلك
اذا بدا له لانه يقدر على الخروج واذا ترك ذلك باختياره كان عليه ان يقيم
غيره مقامه ولو اجر صانع من الصناع او عامل من العمال نفسه لعمل
او صناعة ثم قال بدا لي ان اترك هذا العمل وانتقل الى غيره قال محمد ان كان
ذلك من عمله بان كان حجاما فقال قد انفت من عملي واريد تركه لم يكن له ذلك
لانه من اهل تلك الحرفة فهو بقوله اريد ان اترك يريد ان يترفع عنه في الحال
ويقدر على ذلك بعد انقضا العمل وان كان ذلك العمل ليس من عمله ولا
صنعته بان اسلم نفسه فيها وذلك مما يعاب به او كانت امراة اجرت نفسها
ظيرا وهي ممن تعاب بذلك فلاهلها ان يخرجوها وكذلك ان ابته ان ترضعه
لان من لا يكون من اهل الصنائع الدنية اذا دخل فيها يلحقه العار فاذا اراد
الترك فهو لا يقدر على ايفا العمل الا بضرر وكذلك الظير اذا لم تكن ممن
يرضع مثلها فلاهلها الفسخ لانهم يعيرون بذلك وفي المثل السائر تجوع الحرة
ولا تاكل الخبز بثديها فاذا لم يكن ابقا العقد الا بضرر فلا يقدر على تسليم
المنفعة الا بضرر بخلاف ما اذا زوجت نفسها من غير كفو انه لا يثبت
لها حق الفسخ ويثبت للاوليا لان النكاح لا ينفسخ بالعذر فقد لزمها العقد
والاجارة تنفسخ بالعذر وان وقعت لازمة وان تهدم منزل المواجر ولم يكن له
منزل اخر سوى المنزل المواجر فاراد ان ينقض الاجارة ويسكنها ليس له ذلك
لانه يمكنه ان يستاجر منزلا اخر او يشتري فلا ضرورة في فسخ الاجارة
وكذلك اذا اراد التحول من هذا المصر لانه يمكنه ان يترك المنزل في الاجارة
ويخرج بخلاف المستاجر اذا اراد ان يخرج لما ذكرنا ولو اشترى المستاجر

م ويقال له اوف العمل وانتقل الى ما شئت من العمل لان العقد قد لزمه ولا عار عليه فيه ص

منزلا

منزلا فاراد التحول اليه لم يكن ذلك عذرا لانه يمكنه ان يواجر دار نفسه فشراوه
دارا اخرى او وجود دار اخرى لا يوجب عذرا في الدار المستاجرة والله اعلم
واما الذي هو من جانب المستاجر فمنها عتق العبد فانه عذر في فسخ
الاجارة حتى لو اجر عبده سنة فلما مضت ستة اشهر اعتقه فهو
بالخيار ان شا مضى على الاجارة وان شا فسخها اما العتق فلا شك في نفاذه
لصدور الاعتاق من الاهل في المحل المملوك المرقوق والعارض وهو حق المستاجر
لا يوثر الا في المنع من التسليم ونفاذ العتق لا يقف على امكان التسليم بدليل ان
اعتاق الابق نافذ واما الخيار فلان العقد على المنافع ينعقد شيا فشيا على
حسب حدوثها فيصير بعد الحرية كانه عقد عليه ابتدا فكان له خيار الاجازة
والفسخ فان فسخ بطل العقد فيما بقي وسقط عن المستاجر الاجر فيما بقي
وكان اجر ما مضى للمولى لانها بدل منفعة استوفيت على ملك المولى بعقده وان
اجازه ومضى على الاجارة فيما يستقبل الى تمام السنة يكون الاجر للعبد لانها
بدل منفعة استوفيت بعد الحرية وكانت له كما لو اجر نفسه من انسان
بغير اذن مولاه فاعتقه المولى في المدة ولا خيار له بخلاف العبد الماذون
اذا اجر نفسه ثم اعتقه المولى في المدة لان اجارة المحجور وقعت فاسدة وخيار
الامضا في العقد الفاسد لا يثبت شرعا فبطل العقد بنفس الاعتاق بخلاف
الماذون ومنها بلوغ الصبي المستاجر اجره ابوه او وصي ابيه او جده او
القاضي او امينه فبلغ في المدة فهو عذر ان شا امضى الاجارة وان شا فسخ لان
في ابقا العقد بعد البلوغ ضررا بالصبي لما بينا فيما تقدم فيعجز عن المضي
في موجب العقد الا بضرر لم يلتزمه فكان عذرا ولو اجر واحد من هولا
شيا من ماله فبلغ قبل تمام المدة لا خيار له والفرق بين اجارة النفس والمال
قد ذكرناه في كتاب البيوع ان اجارة ماله تصرف نظر في حقه فلا يملك
ابطاله بالبلوغ فاما في اجارة النفس فهو في وضعها اضرار وانما يملكها الولي
او الوصي من حيث هي تاديب وقد انقطعت ولاية التاديب بالبلوغ فاما
الزيادة على اجر المثل فليس بعذر تفسخ به الاجارة الا في اجارة الوقف حتى لو اجر
داره في ملكه ثم غلا اجر مثل الدار ليس له ان يفسخ العقد الا في الوقف فانه
يفسخ نظرا للوقف ويجدد العقد في المستقبل على اجرة معلومة وفيما
مضى يجب المسمى بقدره وقيل هذا اذا ازداد اجر مثل الدور فاما اذا جا

المستاجر ص

او وصي جده م

م بعد الحرية فان اختار الاجازة لم يكن له ان ينقضها بعد ذلك لانه باختيار الاجارة ابطل حق الفسخ فلو تحمل العبد وقبض الاجرة كلها للمولى وليس للعبد ان يقبض الاجرة الا بوكالة من المولى لان العاقد هو المولى وحقوق العقد ترجع الى العاقد هذا اذا لم يكن المستاجر عجل الاجرة ولا شرط المولى عليه التعجيل فان كان عجل او شرط عليه التعجيل فاعتق العبد واختار المضي على الاجارة فالاجرة كلها للمولى لانه ملكها بالتعجيل وباشتراط التعجيل وان اختار الفسخ رد النصف الى المستاجر لان الاجرة بمقابلة المنفعة ولم يسلم له الا منفعة نصف المدة وهذا كان المولى اجره نفسه او اذن للعبد ان يواجر نفسه سنة فاجره ثم اعتقه المولى في نصف المدة لان عقده باذن المولى كعقد المولى بنفسه الا ان قبض الاجرة ههنا الى العبد لانه العاقد ولو كان العبد محجورا واجر نفسه ص

واحد وزاد في الاجرة تعنتا على المستاجر الاول فلا يعتبر ذلك ثم انما تفسخ
هذه الاجارة اذا امكن الفسخ فاما اذا لم يمكن فلا تفسخ بان كان في الارض زرع
لم يستحصد لان في القلع ضررا بالمستاجر فلا تفسخ بل يترك الى ان يستحصد
الزرع باجر المثل فالى وقت الزيادة يجب المسمى بقدره وبعد الزيادة الى
ان يستحصد يجب اجر المثل هذا اذا غلا اجر مثل الوقف فاما اذا رخص
فان الاجارة لا تفسخ لان المستاجر رضي بذلك القدر وزيادة ولان الفسخ
في الوقف عند الغلا لمعنى النظر للوقف وفي هذا ضرر فلا يفسخ واما
العذر في استيجار الظير فنحو ان لا ياخذ الصبي من لبنها لانه لم يحصل بعض ما
دخل تحت العقد او يقي من لبنها لان الصبي يتضرر به او تحبل الظير لان لبن
الحامل يضر بالصبي او تكون سارقة لانهم يخافون على متاعهم او تكون فاجرة
بينة الفجور لانها تشتغل بالفجور عن حفظ الصبي وارادوا ان يسافروا
بصبيهم وابت الظير ان تخرج معهم لان في الزامهم ترك المسافرة اضرارا بهم
وفي ابقا العقد بعد السفر اضرارا ايضا او تمرض الظير لان الصبي يتضرر
بلبن المريضة والمراة تتضرر بالارضاع في حال المرض ايضا فيثبت حق الفسخ
من الجانبين فان كانوا يوذونها بالسنتهم امروا ان يكفوا عنه فان لم يكفوا
كان لها ان تخرج لان الاذية محظورة فعليهم تركها فان لم يتركوا كان في ابقا
العقد ضرر غير ملتزم بالعقد فكان عذرا وللزوج ان يخرجها من الرضاع
ان لم تكن الاجارة برضاه وقيل هو على التفصيل ان كان ممن يشينه ان ترضع
زوجته لانه يعتبر بذلك فيتضرر به وان كان ممن لا يشينه ذلك لم يكن له
~~ذلك~~ ان يفسخ لان المملوك له بالنكاح منافع بضعها لا منافع بدنها وكانت
هي بالاجارة متصرفة في حقها وقيل له الفسخ في الوجهين لانها ان ارضعت
الصبي في بيتهم فللزوج ان يمنعها من الخروج من منزله وان ارضعت في بيته
فله ان يمنعها من ادخال الصبي الى بيته ثم اذا اعترض شي من هذه الاعذار
التي وصفناها فالاجارة تنفسخ بنفسها او تحتاج الى الفسخ قال بعض مشايخنا
تنفسخ بنفسها وقال بعضهم لا تنفسخ والصواب انه ينظر الى العذر ان كان
يوجب العجز عن المضي في موجب العقد شرعا بان كان المضي فيه حراما
فالاجارة تنتقض بنفسها كما في الاجارة على قلع سن اذا اسكنت وعلى قطع
اليد المتاكلة اذا برات ونحو ذلك وان كان العذر بحيث لا يوجب العجز عن
ذلك لكنه يتضمن نوع ضرر لم يوجبه العقد لا ينفسخ الا بالفسخ وهل يحتاج فيه

الى فسخ القاضي او التراضي ذكر في الاصل وذكر في الجامع الصغير انه لا يحتاج اليه
بل للعاقد فسخها وذكر في الزيادات انها لا تنفسخ الا بفسخ القاضي او التراضي
وجه ما ذكر في الزيادات ان هذا خيار ثبت بعد تمام العقد فاشبه الرد
م بعد القبض م بالعيب وجه ما ذكر في الاصل والجامع الصغير ان المنافع في الاجارة لا تملك
جملة واحدة بل شيا فشيا فكان اعتراض العذر فيها بمنزلة عيب حدث
قبل القبض والعيب الحادث قبل القبض في باب البيع يوجب للعاقد حق
الفسخ ولا يقف ذلك على القضا والرضا كذا هذا ومن مشايخنا من فصل في ذلك
تفصيلا فقال ان كان العذر ظاهرا لا حاجة الى القضا وان كان خفيا كالدين يشترط
القضا ليظهر العذر ويزول الاشتباه وهذا حسن وينبغي ان يبيع المستاجر
ثم يفسخ الاجارة والله اعلم فصل واما صفة الاجارة فالاجارة عقد لازم
اذا وقعت صحيحة عرية عن خيار الشرط والعيب والروية عند عامة العلما
حة فلا تفسخ من غير عذر وقال شريح انها غير لازمة وتفسخ بلا عذر لانها اباحة
المنفعة فاشبهت الاعارة ولنا انها تمليك المنفعة بعوض فاشبهت البيع
وقال الله تعالى اوفوا بالعقود والفسخ ليس من الايفا بالعقد وقال عمر رضي
الله عنه البيع صفقة او خيار جعل البيع نوعين نوع لا خيار فيه ونوع فيه
خيار والاجارة بيع فيجب ان تكون نوعين نوعا ليس فيه خيار الفسخ ونوعا
فيه خيار الفسخ ولانها معاوضة عقدت مطلقة فلا ينفرد احد العاقدين
فيها بالفسخ الا عند العجز عن المضي في موجب العقد من غير تحمل ضرر كالبيع
فصل واما حكم الاجارة فالاجارة لا تخلو اما ان كانت صحيحة واما
ان كانت فاسدة واما ان كانت باطلة اما الصحيحة فلها احكام بعضها
الحكم م اصلي وبعضها من التوابع اما الاصلي فالكلام فيه في ثلاث مواضع في بيان
اصل الحكم وفي بيان وقت ثبوته وفي بيان كيفية ثبوته اما الاول فهو
ثبوت الملك في المنفعة للمستاجر وثبوت الملك في الاجرة المسماة
للاجر لانها عقد معاوضة اذ هي بيع المنفعة والبيع عقد معاوضة فيقتضي
ثبوت الملك في العوضين واما وقت ثبوته فالعقد لا يخلو اما ان عقد مطلقا
عن شرط تعجيل الاجرة واما ان شرط فيه تعجيل الاجرة او تاجيلها فان عقد
مطلقا فالحكم يثبت في العوضين في وقت واحد فيثبت الملك للمواجر
في الاجرة وقت ثبوت الملك للمستاجر في المنفعة وهذا قول اصحابنا وقال
الشافعي حكم الاجارة المطلقة هو ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد بلا فصل

واما كيفية حكم ثبوت العقد فعندنا يثبت شيا فشيا على حسب حدوث محله
وهو المنفعة لانها تحدث شيا فشيا وعند ش يجعل منافع المدة موجودة تقديرا
كانها اعيان قايمة ويثبت الحكم فيها في الحال وعلى هذا ينبني ان الاجرة لا
تملك بنفس العقد المطلق عندنا وعنده تملك وجه قوله ان الاجارة عقد
معاوضة وقد وجدت مطلقة والمعاوضة المطلقة تقتضي ثبوت الملك
في العوضين عقيب العقد كالبيع الا ان الملك لا بد له من محل يثبت فيه ومنافع
المدة معدومة للحال حقيقة فتجعل موجودة حكما تصحيحا للعقد وقد يجعل
المعدوم حقيقة موجودا تقديرا عند تحقق الحاجة والضرورة ولنا
ان المعاوضة المطلقة اذا لم يثبت الملك فيها في احد العوضين لا يثبت في العوض
الاخر اذ لو ثبت لا يكون معاوضة حقيقة لانه لا يقابله عوض ولان المساواة
في العقود المطلقة مطلوب العاقدين ولا مساواة اذا لم يثبت الملك في احد
العوضين والملك لم يثبت في احد العوضين وهو منافع المدة لانها معدومة
حقيقة فلا يثبت في الاخر في الحال تحقيقا للمعاوضة المطلقة فباي وقت م ثم ص
تثبت فقد كان ابو حنيفة رحمه الله اولا يقول ان الاجر لا يجب الا بعد مضي
المدة في الاجارة على المسافة مثل ان استاجر بعيرا الى مكة ذاهبا وجائيا كان
قوله الاول انه لا يلزمه تسليم الاجرة حتى يعود وهو قول زفر ثم قال
يسلم حالا فحالا وذكر الكرخي انه يسلم اجرة كل مرحلة اذا انتهى اليها وهو
قول ابي يوسف ومحمد وجه قول ابي حنيفة الاول ان منافع المدة او
المسافة من حيث انها معقود عليها شي واحد فما لم يستوفها كلها لا يجب
شي من بدلها كمن استاجر خياطا يخيط ثوبا فخاط بعضه انه لا يستحق
الاجر حتى يفرغ منه وكذا القصار والصباغ وجه قوله الثاني وهو المشهور
ان ملك البدل يقابله ملك المبدل وهو المنفعة فانها تحدث شيا فشيا على
حسب حدوثها فكذا ما يقابلها وكان ينبغي ان يجب عليه تسليم الاجرة ساعة
فساعة الا ان ذلك متعذر فاستحسن فقال يوما فيوما او مرحلة فمرحلة
لانه لا يتعذر فيه وروي عن ابي يوسف فيمن استاجر بعيرا الى مكة اذا بلغ ثلث
الطريق او نصفه اعطي من الاجر بحسابه استحسانا وذكر الكرخي ان هذا
قول ابي يوسف الاخر ووجهه ان السير الى ثلث الطريق او نصفه منفعة
مقصودة في الجملة فاذا وجد ذلك القدر يلزمه تسليم بدله وعلى هذا يخرج ما لو
ابرا المواجر المستاجر من الاجر او وهبه له او تصدق به عليه ان ذلك لا يجوز في قول

م التي تقع على المدة مثل استيجار الارض سنة او عشر سنين وهو قول زفر ثم رجع فقال يجب يوما فيوما وفي الاجارة ص

م الزمان فيملكها شيا فشيا على حسب حدوثها ص

ابي يوسف

ابي يوسف الاخر عينا كان الاجر او دينا ويجوز في قول محمد ان كان دينا جاز وجه
قول ابي يوسف ظاهر خارج على الاصل وهو ان الاجرة لم يملكها المواجر في
العقد المطلق عن شرط التعجيل والابراء عما ليس بمملوك للمبري لا يصح بخلاف
الدين المؤجل لانه مملوك وانما التاجيل لتاخير المطالبة فيصح الابراء عنه وكذا هبة
غير المملوك وجه قول محمد ان الابرا لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستاجر فقد م لا يصح ص
قصد صحة تصرفهما ولا صحة الا بالملك فيثبت مقتضى التصرف تصحيحا له م الملك ص
كما في قول الرجل لغيره اعتق عبدك عني على الف درهم فقال اعتقت ولان الابرا
اسقاط واسقاط الحق بعد وجود سبب الوجوب جايز كالعفو عن القصاص
بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب هاهنا موجود وهو العقد المنعقد
والجواب انه ان كان يعني بالانعقاد في حق الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بلا خلاف
بين اصحابنا وان كان يعني به شيا اخر فهو غير معقول ولو ابراه من بعض الاجرة
او وهب منه جاز في قولهم جميعا اما على اصل محمد فظاهر لانه يجوز ذلك عنده
في الكل وكذا في البعض واما على اصل ابي يوسف فلان ذلك حط بعض الاجرة
فيلتحق الحط باصل العقد فيصير كالموجود في حال العقد بمنزلة هبة بعض الثمن
في البيع وحط الكل لا يمكن الحاقه باصل العقد ولا سبيل الى تصحيحه للحال لعدم
الملك واما اذا كانت الاجرة عينا من الاعيان فوهبها المواجر للمستاجر قبل
استيفاء المنافع فقد قال ابو يوسف ان ذلك لا يكون نقضا للاجارة وقال محمد ط الاول م
ان قبل المستاجر الهبة بطلت الاجارة وان ردها لم تبطل وقدم على ان الهبة لم م اما ابو يوسف فقد ح ص
تصح لعدم الملك فالتحقت بالعدم كانها لم توجد راسا بخلاف المشتري اذا
وهب المبيع من بايعه قبل القبض وقبل البايع ان ذلك يكون نقضا للبيع لان الهبة
هناك قد صحت لصدورها من المالك فيثبت الملك للبايع فانفسخ البيع واما
محمد فانه يقول الاجرة اذا كانت عينا كانت في حكم المبيع لان ما يقابلها
ما هو في حكم الاعيان والمشتري اذا وهب المبيع قبل القبض من البايع فقبله
البايع يبطل البيع كذا هذا واذا رد المستاجر الهبة لا تبطل الاجارة لان الهبة
لا تتم الا بالقبول فاذا ردها بطلت والتحقت بالعدم وعلى هذا اذا صارف
المواجر المستاجر بالاجرة فاخذ بها دينارا ان كانت الاجرة دراهم ان العقد
باطل عند ابي يوسف في قوله الاخر وكان قوله الاول انه جايز وهو قول محمد
فابو يوسف مر على الاصل فقال الاجرة لم تجب بعقد الاجارة وما وجب بعقد
بعقد الصرف لم يوجد فيه التقابض في المجلس فيبطل العقد فيه كمن باع -

دينار بعشرة فلم يتقابضا ولانه يشتري الدينار بدراهم في ذمته ثم يجعلها
قصاصا بالاجرة ولا اجرة له فيبقي ثمن الصرف في ذمته فاذا افترقا قبل القبض
بطل الصرف ومحمد يقول اذا لم يجز الصرف الا بدل واجب ولا وجوب
من غير شرط التعجيل يثبت الشرط مقتضي اقدامهما علي الصرف ولو شرطا
تعجيل الاجرة الا بدل واجب ولا وجوب من غير شرط التعجيل ثم تصارفا
جاز كذا هذا ولو اشتري المواجر من المستاجر عينا من الاعيان بالاجرة جاز
في قولهم لان العقد علي الاعيان لا يقتضي قبض البدل في المجلس فجاز العقد
وان كانت الاجرة غير واجبة ويبقي الثمن في ذمته ولو اخذ بالاجرة رهنا او
كفيلا جاز في قولهم اما علي اصل محمد لان الابرا والهبة جايزان فالرهن والكفالة م فظاهر م
اولي واما علي اصل ابي يوسف فاما الكفالة فلان جوازها لا يستدعي قيام
الدين للحال بدليل انه لو كفل بما يذوب له علي فلان جازت وكذلك الكفالة بالدرك
جايزة وكذا الرهن بدين لم يجب كالرهن بالثمن في البيع المشروط فيه الخيار ولان م جائز م
الرهن والكفالة شرعا للتوثق والتوثيق ملايم للاجرة هذا اذا وقع العقد
مطلقا عن شرط تعجيل الاجرة فاما اذا شرط فيه تعجيلها ملكت بالشرط ووجب
تعجيلها فالحاصل ان الاجرة لا تملك عندنا الا باحد معاني ثلاث احدها
شرط التعجيل في نفس العقد والثاني التعجيل من غير شرط والثالث استيفا
المعقود عليه اما ملكها بشرط التعجيل فلان ثبوت الملك في العوضين في
زمان واحد لتحقيق معني المعاوضة المطلقة وتحقيق المساواة التي هي مطلوب م معنى م
العاقدين ومعني المعاوضة المطلقة وتحقيق المساواة التي هي مطلوب العاقدين
ومعني المعاوضة والمساواة لا تتحقق الا بثبوت الملك فيهما في زمان واحد واذا
شرط التعجيل فلم توجد المعاوضة المطلقة بل المقيدة بشرط التعجيل فيجب
اعتبار شرطهما لقوله عليه السلام المسلمون عند شروطهم فيثبت الملك في
العوض قبل ثبوته في المعوض ولهذا صح التاجيل في ثمن المبيع وان كان اطلاق
العقد يقتضي الحلول لان هذا وللمواجر حبس ما وقع عليه العقد حتي يستوفي م في باب البيع والاجرة في الاجارات كالثمن في البياعات وللبايع حبس المبيع م
الاجرة كذا ذكر الكرخي في جامعه ولان المنافع في باب الاجارة كالمبيع الي ان
يستوفي الثمن فكذا للمواجر حبس المنافع الي ان يستوفي الاجرة المعجلة فان قيل
لا فايدة في هذا الحبس لان الاجارة اذا وقعت علي مدة فاذا حبس المستاجر مدة
بطلت الاجارة في تلك المدة ولا شي فيها من الاجرة فلم يكن الحبس مفيدا فالجواب
ان الحبس مفيد لانه يحبس ويطالب بالاجرة فان عجل والا فسخ العقد فكان

في

في الحبس فايدة علي ان هذا لا يلزم في الاجارة علي المسافة بان اجر دابته مسافة معلومة
لان العقد هاهنا لا يبطل بالحبس وكذا هذا لا يبطل بيع ما يتسارع اليه الفساد
كالسمك الطري ونحوه ان للبايع حبسه حتي يستوفي الثمن وان كان يودي
الي ابطال البيع بهلاك المبيع قبل القبض وان وقع الشرط في عقد الاجارة علي
ان لا يسلم المستاجر الاجر الا بعد انقضا مدة الاجارة فهو جايز اما علي قول
ابي حنيفة الاول فظاهر لان الاجرة لا تجب الا في اخر المدة فاذا شرط كان
هذا شرطا مقررا مقتضي العقد فكان جايزا واما علي قوله الاخر فالاجرة
وان كانت تجب شيا فشيا فقد شرط تاجيل الاجرة كالثمن فيحتمل التاجيل م والاجرة م
كالثمن واما اذا عجل الاجرة من غير شرط فلانه لما عجل فقد غير مقتضي
مطلق العقد وله هذه الولاية لان التاخير ثبت حقا له فيملك ابطاله بالتعجيل
كما اذا كان عليه دين موجل فعجله ولان العقد سبب استحقاق الاجرة والاستحقاق
وان لم يثبت فقد انعقد سببه وتعجيل الحكم قبل الوجوب بعد وجود سبب
الوجوب جايز كتعجيل الكفارة بعد الجرح قبل الموت واما اذا استوفي المعقود
عليه فلانه يملك المعوض فيملك المواجر في مقابلته تحقيقا للمعاوضة المطلقة م العوض م
وتسوية بين العاقدين في حكم العقد المطلق وعلي هذا الاصل تنبني الاجارة
المضافة الي زمان في المستقبل بان قال اجرتك هذه الدار غدا او راس شهر كذا
او قال اجرتك هذه الدار سنة اولها غرة شهر رمضان انها جايزة في قول
اصحابنا وعند الشافعي لا تجوز ووجه البنا ان الاجارة بيع المنفعة وطريق
جوازها عنده ان يجعل منافع المدة موجودة تقديرا عقيب العقد تصحيحا له
اذ لا بد وان يكون محل حكم العقد موجودا لتمكن اثبات حكمه فيه فجعلت المنافع
موجودة حكما كانها اعيان قايمة بنفسها واضافة البيع الي عين ستوجد
لا يصح كما في بيع الاعيان حقيقة واما عندنا فالعقد ينعقد شيا فشيا علي
حسب حدوث المعقود عليه شيا فشيا وهو المنفعة فكان العقد مضافا
الي وقت وجود المنفعة من طريق الدلالة فالتنصيص علي الاضافة يكون
مقررا مقتضي العقد الا انا جوزنا الاضافة في الاجارة دون البيع للضرورة
لان المنفعة حال وجودها لا يمكن انشا العقد عليها فدعت الضرورة الي الاضا فة
ولا ضرورة في بيع العين لامكان ايقاع العقد عليها بعد وجودها لكونها
محتملة للبقا فلا ضرورة الي الاضافة وطريقنا اولي لان جعل المعدوم موجودا
تقدير المحال وتقدير المحال محال ولا احالة في الاضافة الي زمان في المستقبل -

فان كثيرا من التصرفات يصح مضافا الى المستقبل كالطلاق والعتاق ونحوهما
وكان التصحيح بما قلنا اولى والله الموفق واما الاحكام التي هي من التوابع
فكثيرة بعضها يرجع الى الاجير والمستاجر مما عليهما ولهما وبعضها يرجع
الى صفة المستاجر والمستاجر فيه اما الاول فجملة الكلام فيه ان عقد
الاجارة لا يخلوا اما ان شرط فيه تعجيل البدل او تاجيله واما ان كان مطلقا
عن شرط التعجيل والتاجيل فان شرط فيه تعجيل البدل فعلى المستاجر
تعجيلها والابتدا بتسليمها او كان صانعا او عاملا ينتفع بصنعته او عمله
كالخياط والقصار والصباغ والاسكاف لانهما لما شرطا تعجيل البدل
لزم اعتبار شرطهما لقول النبي صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وملك
الاجر البدل قبل التعجيل حتى يجوز له هبته والتصدق به والابراء عنه والشرا
به والرهن به والكفالة وكل تصرف يملك البايع في الثمن في باب البيع وللمواجر
ان يمتنع عن تسليم المستاجر في الاشيا المنتفع باعيانها حتى يستوفي الاجرة وكذلك
للاجير الواحد ان يمتنع عن تسليم النفس وللاجير المشترك ان يمتنع عن
ايفا العمل قبل استيفا الاجرة لان الاجرة في الاجارات كالثمن في البياعات
وللبايع حبس المبيع الى ان يستوفي الثمن اذا لم يكن موجلا كذا هذا وان
شرط فيه تاجيل الاجرة يبتدا بتسليم المستاجر وايفا العمل وانما
يجب تسليم البدل عند انقضا الاجل لان الاصل في الشروط اعتبارها
للحديث الذي روينا وان كان العقد مطلقا عن شرط التعجيل يبتدا بتسليم
ما وقع عليه العقد في نوعي الاجارة فيجب على المواجر تسليم المستاجر
وعلى الاجير تسليم النفس او ايفا العمل اولا عندنا خلافا للشافعي لان
الاجرة لا تجب بالعقد المطلق عندنا وعنده تجب والمسلة قد مرت غير
ان في النوع الاول وهو الاجارة على الاشيا المنتفع باعيانها اذا سلم
المستاجر لا يجب على المستاجر تسليم البدل كله للحال بل على حسب استيفا
المنفعة شيا فشيا حقيقة او تقديرا بالتمكن من الاستيفا في قول ابي حنيفة
الاخر وللمواجر ان يطالبه بالاجرة بمقدار ذلك يوما فيوما في الاجارة
على العقار ونحوه ومرحلة مرحلة على المسافة ولكن يجبر المكاري على ~~المكاري~~
الحمل الى المكان المشروط اذ لو لم يجبر لتضرر به المستاجر وفي قوله الاول
وهو قول ابي يوسف ومحمد لا يجب تسليم شي من البدل الا عند انتهاء المدة
او قطع المسافة كلها في الاجارة على قطع المسافة وقد ذكرنا وجه القولين فيما

Right-page margin notes:
م سواء كان ما وقع عليه الاجارة شيئا ينتفع بعينه كالدار والدابة وعبيد الخدمة صح
يستوفيه
م والتاجيل
م في الاجارة صح

تقدم

استيجار الصناع والعمال

تقدم واما في النوع الاخير وهو استيجار الصناع والعمال فلا يجب تسليم
شي من البدل الا بعد الفراغ من العمل بلا خلاف حتى ان لو في الحمال ما لم يحط
المتاع عن راسه لا يجب الاجر لان الحط من تمام العمل وهكذا قال ابو يوسف
في الحمال يطلب الاجرة بعد ما بلغ المنزل قبل ان يضعه انه ليس له ذلك لان
الوضع من تمام العمل والفرق ان كل جزء من العمل في هذا النوع غير مقصود
لانه لا ينتفع ببعضه دون بعض فكان الكل كشي واحد فما لم يوجد لا يقابله
البدل بخلاف النوع الاول على قول ابي حنيفة الاخر لان كل جزء من السكنى
وقطع المسافة مقصود فيقابل بالاجرة ثم في النوع الاخر اذا اراد الاجير
حبس العين بعد الفراغ من العمل لاستيفا الاجر هل له ذلك ينظر ان كان
لعمله اثر ظاهر في العين كالقصار والخياط والاسكاف (والصباغ) له ذلك وكان كالمبيع
وكان له ان يحبسه لاستيفا الاجرة كالمبيع قبل القبض انه يحبس لاستيفا
الثمن اذا لم يكن الثمن موجلا ولو هلك قبل التسليم تسقط الاجرة لانه مبيع
هلك قبل القبض وهل يجب الضمان فعند ابي حنيفة لا يجب وعندهما
يجب لانه يجب قبل الحبس عندهما فعند الحبس اولى والمسلة تاتي في موضعها
ان شا الله تعالى وان لم يكن لعمله اثر ظاهر في العين كالحمال والملاح
والمكاري ليس له ان يحبس (العين) لانه لا اثر له في العين فالبدل انما يقابل العمل الا
ان العمل كله كشي واحد اذ لا ينتفع ببعضه دون بعض فكما فرغ حصل في يد
المستاجر فلا يملك حبسه عنه بعد طلبه كبد الوديعة ولهذا لا يجوز حبس
الوديعة بالدين ولو حبسه فهلك قبل التسليم لا تسقط الاجرة لما ذكرنا
انه كما وقع (في) العمل حصل مسلما الى المستاجر لحصوله في يده فتقررت عليه
الاجرة فلا تحتمل السقوط بالهلاك ويضمن لانه حبسه بغير حق فصار
غاصبا بالحبس ونص محمد رحمه الله على الغصب فقال فان حبس الحمال
المتاع في يده فهو غاصب ووجهه ما ذكرنا ان العين كانت امانة في يده
فاذا حبسها بدينه فقد صار غاصبا كما لو حبس المودع الوديعة بالدين
هذا الذي ذكرنا ان العمل لا يصير مسلما الى المستاجر الا بعد الفراغ منه
حتى لا يملك الاجير المطالبة بالاجرة قبل الفراغ اذا كان المعمول فيه في يد
الاجير فان كان في يد المستاجر فقدر ما اوقعه من العمل فيه يصير مسلما
الى المستاجر قبل الفراغ منه حتى يملك المطالبة بقدره من الاجرة بان
استاجر رجلا ليبني له بنا في ملكه او ما هو في يده بان استاجره ليبني له

Left-page margin notes:
م لان ذلك الاثر هو المعقود عليه وهو صيرورة الثوب مخيطا مقصودا وانما العمل يحصل ذلك الاثر عادة والبدل يقابل ذلك الاثر صح
م يقابل صح

بنا في داره او يعمل له ساباطا او جناحا او يحفر له بيرا او قناة او نهرا او ما
اشبه ذلك في ملكه او في ما في يده فعمل بعضه فله ان يطالبه بقدره
من الاجرة لكنه يجبر على الباقي حتى لو انهدم البنا او انهارت البير او وقع
فيها الما او التراب وسواها مع الارض او سقط الساباط فله اجر ما عمله
بحصته لانه اذا كان في ملك المستاجر او يده وكل ما عمل شيا حصل في يده قبل
هلاكه وصار مسلما اليه فلا يسقط بدله بالهلاك ولو كان ذلك في غير
ملكه ويده ليس له ان يطالب شيا من الاجرة قبل الفراغ من عمله او تسليمه
اليه حتى لو هلك قبل التسليم لا يجب شي من الاجرة لانه اذا لم يكن في ملكه
ولا في يده توقف وجوب الاجرة فيه على الفراغ والاتمام وقال الحسن بن
زياد اذا اراه موضعا من الصحرا يحفر فيه بيرا فهو بمنزلة ما هو في ملكه
ويده وقال في اخر الكلام وهذا قياس قول ابي حنيفة وقال محمد لا يكون
قابضا الا بالتخلية وان اراه الموضع وهو الصحيح لان ذلك الموضع بالتعيين
لا يصير في يده فلا يصير عمل الاجير فيه مسلما له وان كان ذلك في غير ملك
المستاجر ويده فعمل الاجير بعضه والمستاجر قريب من العامل فخلى الاجير
بينه وبينه فقال المستاجر لا اقبضه منك حتى تفرغ فله ذلك لان قدر
ما عمله لا يصير مسلما اذا لم يكن في ملك المستاجر ولا في يده لانه لا ينتفع
ببعض عمله دون بعض فكان للمستاجر ان يمتنع من التسليم حتى يتمه
ولو استاجر لبانا ليضرب له لبنا في ملكه او فيما في يده لا يستحق الاجرة
حتى يجف اللبن وينصبه في قول ابي حنيفة وقال محمد حتى يجف (ابو يوسف صح)
وينصبه ويشرجه ولا خلاف في انه اذا ضربه ولم يقمه انه لا يستحق
الاجر لانه ما لم يقلبه عن مكانه فهو ارض فلا يقينا وله اسم اللبن والخلاف
بينهم يرجع الى انه هل يصير قابضا له بنفس الاقامة لان بنفس الاقامة من (بالاقامة الا بعد التشريج فعلى قول ابي حنيفة يصير قابضا له صح)
تمام هذا العمل فيصير اللبن مسلما اليه بها وعلى قولهما لا يصير قابضا
ما لم يشرجه لان تمام العمل به حتى لو انه هلك قبل النصب في قول ابي حنيفة
وقبل التشريج في قولهما لا اجر له لانه هلك قبل تمام العمل على اختلاف
الاصلين ولو هلك بعد فله الاجر لان العمل قد تم فصار مسلما اليه لكونه
في ملكه او في يده فهلاكه بعد ذلك لا يسقط البدل وجه قولهما ان
الامن عن الفساد يقع بالتشريج ولهذا جرت العادة بين الناس ان اللبان
هو الذي يشرجه ليومن عليه الفساد فكان ذلك من تمام العمل كاخراج الخبز من

التنور

التنور ولابي حنيفة ان المستاجر له ضرب اللبن والماجف ونصبه فقد وجد
ما ينطلق عليه اسم اللبن وهو في ملكه او يده فصار قابضا له فاما التشريج
فعمل زايد لم يلتزمه العامل بمنزلة النقل من مكان الى مكان فلا يلزمه ذلك وان
كان ذلك في غير ملكه ويده لا يستحق الاجرة حتى يسلمه وهو ان يخلي الاجير بين
اللبن وبين المستاجر بعد ما نصبه عند ابي حنيفة وعندهما بعد ما شرجه (لكن ذلك صح)
وروى ابن سماعة عن محمد في رجل استاجر خبازا ليخبز له قفيز دقيق بدرهم
فخبز فاحترق الخبز في التنور قبل ان يخرجه او الزقه في التنور ثم اخذ ليخرجه
فوقع من يده في التنور فاحترق فلا اجر له لانه هلك قبل تمام العمل لان عمل الخبز
لا يتم الا بالاخراج من التنور فلم يكن قبل الاخراج خبزا فصار كهلاك اللبن قبل ان ينصبه
قال ولو اخرجه من التنور ووضعه وهو يخبز في منزل المستاجر فاحترق من
غير جنايته فله الاجر ولا ضمان عليه في قول ابي حنيفة اما استحقاق الاجر فلانه
فرغ من العمل باخراج الخبز من التنور وحصل مسلما الى المستاجر لكونه في ملك
المستاجر واما عدم وجوب الضمان فلان الهلاك من غير صنع الاجير المشترك لا
يتعلق به الضمان عنده واما على قول من يضمن الاجير المشترك فانه ضامن له
دقيقا مثل الدقيق الذي دفعه اليه ولا اجر له وان شا ضمنه قيمة الخبز مخبوزا
واعطاه الاجر لان قبض الاجير مضمون عندهما فلا يبرا عن الضمان بوضعه في منزل (قبض صح)
مالكه وانما يبرا بالتسليم كالغاصب واذا وجب عليه الضمان عندهما فصاحب
الدقيق بالخيار ان شا ضمنه دقيقا واسقط الاجر لانه لا يسلم اليه العمل وان
شا ضمنه خبزا فصار العمل مسلما اليه فوجب عليه الاجر قال ولا ضمان في القصب
ولا الملح لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحين وجوب الضمان
عليه لا قيمة له لان القصب صار رمادا والملح صار ما وكذلك الخياط يخيط له
في منزله قميصا فان خاط بعضه لم يكن له اجر لان هذا العمل لا ينتفع ببعضه
دون بعض فلا تلزم الاجرة الا بتمامه فاذا فرغ منه ثم هلك فله الاجرة
في قول ابي حنيفة لان العمل حصل مسلما اليه لحصوله في ملكه واما على قولهما
فالعين مضمونة فلا يبرا عن ضمانها الا بتسليمها الى مالكها فاذا هلك الثوب
فان شا ضمنه قيمته صحيحا ولا اجر له وان شا ضمنه قيمته مخيطا وله الاجر
لما بينا ولو استاجر حمالا يحمل له دنا من السوق الى منزله فحمله حتى اذا بلغ درب (باب صح)
الذي استاجره فكسره فلا ضمان على الحمال في قول ابي حنيفة وله الاجر وهو على ما (انسان صح)
ذكرنا ان العمل اذا لم يكن له اثر ظاهر في العين فكما وقع يحصل مسلما الى المستاجر

وذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله في رجل دفع ثوبا الي خياط يخيطه بدرهم فمضي فخاطه ثم جاء رجل ففتقه قبل ان يقبضه رب الثوب فلا اجر للخياط لان المنافع هلكت قبل التسليم فسقط بدلها ولا اجبر الخياط علي ان يعيد العمل لانه لما فرغ من العمل فقد انتهي العقد فلا يلزمه العمل ثانيا وان كان الخياط هو الذي فتق الثوب فعليه ان يعيده لانه لما فتقه فقد فسخ المنافع التي عملها وكانه لم يعمل راسا واذا فتقه الاجنبي فقد اتلف المنافع بدليل انه يجب عليه الضمان قال وفي الملاح اذا حمل الطعام الي موضع فرد السفينة انسان فلا اجر للملاح وليس عليه ان يعيد السفينة فان كان الملاح هو الذي ردها لزمه اعادة الحمل الي الموضع الذي شرط عليه لما قلنا وان كان الموضع الذي رجعت اليه السفينة لا يقدر رب الطعام علي قبضه فعلي الملاح ان يسلمه في موضع يقدر رب الطعام علي قبضه ويكون له اجر مثله فيما سار في هذا المسير لانا لو جوزنا للملاح تسليمه في مكان لا ينتفع به لتلف المال علي صاحبه ولو كلفناه حمله بلا اجر الي اقرب المواضع الذي يمكن القبض فيه فقد راعينا الحقين قال ولو ان رجلا استاجر بغلا الي موضع يركبه فلما سار الي بعض الطريق جمح به فرده الي موضعه الذي خرج منه فعليه الكرا بقدر ما سار لانه استوفي ذلك القدر من المنافع فلا يسقط عنه الضمان قال في الجامع الصغير عن ابي حنيفة في رجل استاجر رجلا يذهب بكتابه الي البصرة الي فلان ويجي بجوابه فذهب فوجد فلانا قد مات فرده الكتاب فلا اجر له وهو قول ابي يوسف وقال محمد له الاجر في الذهاب اما المسلة الاولي فلان مقصوده حمل العيال فاذا حمل بعضهم دون بعض كان له من الاجر بحساب ما حمله واما المسلة الثانية فوجه قول محمد ان الاجر مقابل بقطع المسافة لا بحمل الكتاب لانه لا حمل له ولا مونة وقطع المسافة في الذهاب وقع علي الوجه المامور به فلا يجب به شي ولهما ان المقصود من حمل الكتاب ايصاله الي فلان ولم يوجد فلا يجب شي علي ان المقصود وان كان نقل الكتاب لكنه اذا رده فقد نقض تلك المنافع فيبطل الاجر كما لو استاجر ليحمل له طعاما الي البصرة الي فلان فحمله فوجده قد مات فرده انه لا اجر له لما قلنا كذا هذا وللمستاجر في اجارة الدار وغيرها من العقار ان ينتفع بها كيف شا بالسكني ووضع المتاع وان يسكن بنفسه وبغيره وان يسكن غيره بالاعارة والاجارة الا انه ليس له ان يجعل فيها حدادا ولا قصارا ولا طحانا ونحو ذلك مما يوهن البنا لما قلنا فيما تقدم ولو اجرها المستاجر باكثر من الاجرة الاولي فان كانت الثانية

قال م

ثم العيال صح

وعن ابي حنيفة في رجل استاجر رجلا يذهب الي البصرة فيجي بعياله فوجد فلانا قد مات ... بعض عياله ... فله من الاجر بحسابه

م فيستحق حصته من الاجر وفي العقد لم يقع علي الوجه المامور به صح

من خلاف الجنس الاولي طابت له الزيادة وان كانت من جنس الاولي لا تطيب له حتي يزيد في الدار زيادة من حفر او بناء او تطيين او تجصيص فان لم يزد فيه شيئا فلا خير في الفضل ويتصدق به لكن تجوز الاجارة اما جواز الاجارة فلا شك فيه لان الزيادة في عقد لا تعتبر المساواة فيه بين البدل والمبدل فلا يمنع صحة العقد وههنا كذلك فصح العقد واما التصدق بالفضل اذا كانت الاجرة الثانية من جنس الاولي فلان الفضل ربح ما لم يضمن لان المنافع لا تدخل في ضمان المستاجر بدليل انه لو هلك المستاجر فصار بحيث لا يمكن الانتفاع به كان الهلاك علي الموجر وكذلك لو غصبه غاصب فكانت الزيادة ربح ما لم يضمن وقد نهي رسول الله صلي الله عليه وسلم عن ذلك فان كان هناك زيادة كان الربح في مقابلة الزيادة فيخرج من ان يكون ربحا ولو كنس البيت فلا يعتبر ذلك لانه ليس بزيادة فلا تطيب له زيادة الاجرة وكذا في اجارة الدابة اذا زاد في الدابة جوالقا ولجاما او ما اشبه ذلك يطيب له الفضل لما قلنا فان اعلفها لا تطيب له لان الاجرة لا يصير شي منها مقابلا بالعلف فلا يطيب له الفضل ولو استاجر دابة ليركبها ليس له ان يركب غيره وان فعل ضمن وكذا اذا استاجر ثوبا ليلبسه ليس له ان يلبس غيره وان فعل ضمن لان الناس متفاوتون في الركوب واللبس فان اعطاه غيره فلبسه ذلك اليوم ضمنه ان اصابه شي لانه غاصب في الباسه غيره وان لم يصبه شي فلا اجر له لان المعقود عليه ما يصير مستوفي بلبسه فما يكون مستوفي بلبس غيره لا يكون معقودا عليه واستيفاء غير المعقود عليه لا يوجب البدل الا تري انه لو استاجر ثوبا بعينه ثم غصب منه ثوبا آخر فلبسه لم يلزمه الاجر فكذلك اذا البس ذلك الثوب غيره لان تعيين اللابس كتعيين الملبوس فان قيل هو قد تمكن من استيفاء المعقود عليه وذلك لا يكفي لوجوب الاجر عليه كما لو وضعه في بيته ولم يلبسه قلنا تمكنه من الاستيفاء باعتبار يده فاذا وضعه في بيته فيده عليه معتبرة ولهذا لو هلك لم يضمن فاما اذا البسه غيره فيده عليه معتبرة حكما الا تري انه ضامن فان هلك من غير اللبس فان يد اللابس عليه يد معتبرة حتي يكون لصاحبه ان يضمن غير اللابس ولا يكون الا تفويت يده حكما فلهذا لا يلزمه الاجر وان سلم وان كان استاجره ليلبس يوما الي الليل ولم يسم من يلبسه فالعقد فاسد لجهالة المعقود عليه فان اللبس يختلف باختلاف اللابس وباختلاف الملبوس فكما اذا ترك التعيين في الملبوس عند العقد يفسد العقد وكذلك ترك تعيين اللابس وهذه جهالة تفضي الي المنازعة لان صاحب الثوب يطالبه بالباس ارفق الناس في اللبس وصيانة الملبوس وهو يابي ان يلبس الا اخس الناس في ذلك ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد وان اختصما فيه قبل اللبس فسدت الاجارة وان لبسه هو او اعطاه غيره فلبسه الي الليل فهو جائز وعليه الاجر استحسانا وفي القياس عليه اجر المثل وكذلك لو استاجر دابة للركوب ولم يبين من يركبها او للعمل ولم يسم ما يعمل عليها فعمل عليها الي الليل فعليه المسمي استحسانا وفي القياس عليه اجر المثل لانه استوفي المنفعة بحكم عقد فاسد ووجوب المسمي باعتبار صحة التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد وجه الاستحسان ان المفسد وهو الجهالة التي تفضي الي المنازعة قد زال وبانعدام العلة المفسدة ينعدم الفساد وهذا لان الجهالة في المعقود عليه وعقد الاجارة في حق المعقود عليه كالمضاف وانما يتجدد انعقادها عند الاستيفاء ولا جهالة عند ذلك ووجوب الاجر عند ذلك ايضا فلهذا اوجبنا المسمي وجعلنا التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء ولا ضمان عليه ان ضاع منه لانه غير مخالف سواء لبس بنفسه او البس غيره بخلاف الاول فقد عين هناك لبسه عند العقد فيصير مخالفا بالباس غيره واذا استاجر قميصا ليلبسه يوما الي الليل فوضعه في منزله حتي جاء الليل فعليه الاجر كاملا لان صاحبه مكنه من استيفاء المعقود عليه بتسليم الثوب اليه وما زاد علي ذلك ليس في وسعه وليس له ان يلبسه

بعد ذلك لان العقد انتهى بمضى المدة والاذن فى اللبس كان بحكم العقد ولو استاجر دابة ليركبها او ثوبا ليلبسه لا يجوز له ان يؤاجر
غيره بالركوب واللبس لما قلنا ولو باع المؤجر الدار المستاجرة بعد ما اجرها من غيره عذر ذكر فى الاصل ان البيع لا يجوز وذكر
فى بعض المواضع ان البيع موقوف وذكر بعضها ان البيع باطل والتوفيق ممكن لان معنى قوله لا يجوز اى لا ينفذ وهذا
لا يمنع التوقف وقوله باطل اى ليس له حكم ظاهر الحال وهو تفسير التوقف والصحيح انه جائز فى حق البائع
والمشترى موقوف فى حق المستاجر حتى اذا انقضت المدة يلزم المشترى البيع وليس له ان يمتنع من الاخذ وليس
للبائع ان ياخذ المبيع من يد المستاجر من غير اجازة البيع فان اجاز جاز وان ابى فللمشترى ان يفسخ البيع ومتى فسخ
لا يعود جائزا بعد انقضاء مدة الاجارة وهل يملك المستاجر فسخ هذا البيع لا ذكر فى ظاهر الرواية انه لا يملك الفسخ
حتى لو فسخ لا ينفسخ حتى اذا مضت مدة الاجارة كان للمشترى ان ياخذ الدار وروى الطحاوى عن ابى حنيفة ومحمد ان له ان
ينقض البيع واذا نقضه لا يعود جائزا وروى عن ابى يوسف انه ليس للمستاجر نقض البيع والاجارة كالعيب فان كان
المشترى عالما بها وقت الشراء وقعت الاجارة لازمة وان لم يكن عالما بها وقت الشراء فهو بالخيار ان شاء نقض البيع لاجل
العيب وهو الاجارة وان شاء امضاه وهذا كله مذهب اصحابنا وقال الشافعى البيع نافذ من غير اجازة المستاجر وجه قوله
ان البيع صادف محله لان الرقبة ملك المؤاجر وانما حق المستاجر فى المنفعة ومحل البيع العين ولا حق للمستاجر فيها ولنا
ان البائع غير قادر على تسليمه لتعلق حق المستاجر به وحق الانسان يجب صيانته عن الابطال ما امكن وامكن ههنا
بالتوقف فى حقه فقلنا بالجواز فى حق المشترى وبالتوقف فى حق المستاجر صيانة للحقين ورعاية للجانبين وعلى هذا
اذا اجر دارا ثم اقر بها لانسان ان اقراره ينفذ فى حق نفسه ولا ينفذ فى حق المستاجر بل يتوقف الى ان تمضى مدة
الاجارة فاذا مضت نفذ الاقرار فى حقه ايضا فيقضى بالدار للمقر له وهذا بخلاف ما اذا اجر داره من انسان ثم اجرها من غيره
ان الاجارة الثانية تكون موقوفة على اجازة المستاجر الاول فان اجازها جازت وان ابطلها بطلت وههنا ليس
للمستاجر ان يبطل البيع ووجه الفرق ان عقد الاجارة يقع على المنفعة اذ هو تمليك المنفعة والمنافع ملك المستاجر
الاول فيجوز باجازته ويبطل بابطاله فاما البيع فانما يقع على العين والعين ملك المؤاجر لكن للمستاجر فيها حق
فاذا زال حقه ينفذ ثم المستاجر الاول اذا اجاز الاجارة الثانية حتى نفذت كانت الاجرة له لا لصاحب الدار وفى
البيع يكون الثمن لصاحب الملك ووجه الفرق على نحو ما ذكرنا ان الاجارة وقعت على المنفعة وانها ملك المستاجر الاول
فاذا اجاز كان بدلها له فاما الثمن فانه بدل العين والعين ملك المؤاجر فكان بدلها له وبالاجازة لا ينفسخ عقد المستاجر
الاول ما لم تمض مدة الاجارة الثانية فاذا مضت فان كانت مدتهما واحدة تنقضى المدتان جميعا وان كانت مدة الثانية اكثر
فللاول ان يسكن الدار حتى تتم المدة وكذا لو رهنها المؤاجر قبل انقضاء مدة الاجارة ان العقد جائز فيما بينه
وبين المرتهن موقوف فى حق المستاجر لتعلق حقه بالمستاجر وله ان يحبس حتى تنقضى مدته وعلى هذا بيع المرهون من
الراهن انه جائز بين البائع والمشترى موقوف فى حق المرتهن وله ان يحبسه حتى يستوفى ماله فاذا افتكها الراهن يجب
عليه تسليم الدار الى المشترى كما فى الاجارة الا انها اذا اجاز المرتهن البيع حتى جاز وسلم الدار الى المشترى فالثمن يكون رهنا
عند المرتهن قائما مقام الدار لان حق حبس العين كان ثابتا له ما دامت فى يده وبدل العين قائم مقام العين فيثبت له حق حبسه وفرق
القدورى بين الرهن والاجارة فقال فى الرهن للمرتهن ان يبطل البيع وليس للمستاجر ذلك لان حق المستاجر فى المنفعة لا فى العين
فكان الفسخ منه تصرفا فى محل حق الغير فلا يملك فاما حق المرتهن فيتعلق بعين المرهون الا ترى انه يصير به مستوفيا للدين
فكان الفسخ منه تصرفا فى محل حقه فيملك والله اعلم وللاجير ان يعمل بنفسه واجرائه اذا لم يشترط عليه

في العقد

في العقد ان يعمل بيده لان العقد وقع على العمل والانسان قد يعمل بنفسه وقد
يعمل بغيره ولان عمل اجرائه يقع له فيصير كانه عمل بنفسه الا اذا شرط عليه
عمله بنفسه لان العقد وقع على عمل من شخص معين والتعيين مفيد لان
العمال متفاوتون في العمل فيتعين فلا يجوز تسليمها من شخص اخر من غير
رضى المستاجر كمن استاجر جملا بعينه للعمل لا يجبر على اخذ غيره ولو استاجر
على الحمل ولم يعين جملا لان المكارى ان يسلم اليه اي جمل شاء كذا هذا وتطيين
الدار واصلاح ميزابها وما وهي من بنائها على رب الدار دون المستاجر لان
الدار ملكه واصلاح الملك على المالك لكن لا يجبر على ذلك لان المالك لا يجبر على
اصلاح ملكه وللمستاجر ان يخرج ان لم يعمل المؤاجر ذلك لانه عيب بالمعقود
عليه والمالك لا يجبر على ازالة العيب عن ملكه لكن للمستاجر ان لا يرضى بالعيب
حتى لو كان استاجر وهي كذلك وراها فلا خيار له لانه رضي بالعيب واصلاح
بير الماء والبالوعة والمخرج على رب الدار ولا يجبر ولا يجبر على ذلك وان كان امتلاء
من فعل المستاجر لما قلنا وقالوا في المستاجر اذا انقضت مدة الاجارة وفي الدار
تراب من كنسه فعليه ان يرفعه لانه حدث بفعله فيلزمه نقله كالكناسة
والرماد الا انهم استحسنوا وجعلوا نقل ذلك على صاحب الدار للعرف والعادة
اذ العادة بين الناس ان ما كان مغيبا في الارض فنقله على صاحب الدار فحملوا
ذلك على العادة فان اصلح المستاجر شيئا من ذلك لم يحتسب له بما انفق لانه
انفق على ملك غيره بغير امره ولا ولاية له عليه فكان متبرعا وقبض المستاجر
على المؤاجر حتى لو استاجر دابة ليركبها في حوائجه في المصر وقتا معلوما
فمضى الوقت فليس عليه تسليمها الى صاحبها بان يمضي بها اليه وعلى
الذي اجرها ان يقبض من منزل المستاجر لان المستاجر وان انتفع بالمستاجر
لكن هذه المنفعة انما حصلت له بعوض حصل للمؤاجر فبقيت العين امانة في يده
كالوديعة حتى لو امسكها اياما فهلكت في يده لم يضمن شيئا سواء طلب منه المؤاجر
او لم يطلب لانه لم يلزمه الرد الى بيته بعد الطلب فلم يكن متعديا في الامساك
فلا يضمن كالمودع اذا امتنع عن رد الوديعة الى بيت المودع حتى هلكت وهذا
بخلاف المستعار ان رده على المستعير لان نفعه له على الخلوص فكان رده عليه
لقوله عليه السلام الخراج بالضمان ولهذا كانت نفقته عليه فكذا مؤنة
الرد فان كان استاجرها من موضع مسمى في المصر ذاهبا وجائيا فان على المستاجر
ان ياتي بها الى ذلك الموضع الذي قبضها فيه لان الرد واجب عليه لا لاجل المسافة -

م فصار كتراب وضعه فيها وان كان امتلاؤ خلوها ومجراها من فعله فالقياس ان يكون عليه نقله لانه حدث بفعله
م

م ولهذا لا يلزمه نفقتها ولم يكن عليه ردها كالوديعة
م

التي تناولها العقد لان عقد الاجارة لا ينتهي الا برده الى ذلك الموضع فان حملها
الى منزله فامسكها حتى عطبت ضمن قيمتها لانه تعدى في حملها الى غير موضع
العقد فان قال المستاجر اركبها من هذا الموضع الى موضع كذا وارجع الى منزلي
فليس على المستاجر ردها الى منزل المواجر لانه لما عاد الى منزله فقد انقضت
الاجارة فبقيت امانة في يده لم ينتفع المالك بالانتفاع بها فلا يلزمه ردها
كالوديعة وليس للظئر ان تاخذ صبيا اخر فترضع مع الاول فان اخذت
صبيا اخر فارضعته مع الاول فقد اساءت واثمت وان كانت قد اضرت
بالصبي ولها الاجر على الاول والاخر اما الاثم فلانه قد استحق عليها
كمال الرضاع ولما ارضعت صبيين فقد اضرت باحدهما لنقصان اللبن
واما استحقاق الاجرة فلان الداخل تحت العقد الارضاع مطلقا وقد وجد
وللمسترضع ان يستاجر ظئرا اخرى لقوله تعالى وان اردتم ان تسترضعوا اولادكم
فلا جناح عليكم اذا سلمتم ما اتيتم بالمعروف نفى الجناح عن المسترضع مطلقا
فان ارضعته الاخرى فلها الاجر ايضا فان استاجرت الظئر ظئرا اخرى فارضعته
او دفعت الصبي الى جاريتها فارضعته فلها الاجر استحسانا والقياس ان لا يكون
لها اجر وجه القياس ان العقد وقع على عملها فلا تستحق الاجر بعمل غيرها
كمن استاجر اجيرا ليعمل بنفسه فامر غيره فعمل لم يستحق الاجر فكذا هذا
وجه الاستحسان ان ارضاعها قد يكون بنفسها وقد يكون بغيرها لان الانسان
تارة يعمل بنفسه وتارة يعمل بغيره ولان الثانية لما عملت بامر الاولى وقع
عملها للاولى فصار كانها عملت بنفسها هذا اذا اطلق فاما اذا قيد ذلك
بنفسها ليس لها ان تسترضع اخرى لان العقد اوجب الارضاع بنفسها
وان استاجرت اخرى فارضعته الاجر كما قلنا في الاجارة على الاعمال وليس
م لا تستحق صح
للمسترضع ان يحبس الظئر في منزله اذا لم يشترط ذلك عليها ولها ان تاخذ
الصبي الى منزلها لان المكان لم يدخل تحت العقد وما ذكر في الاصل ان على الظئر
وليس على الظئر طعام الصبي ودواه لان ذلك لم يدخل تحت العقد ح
ما يعالج به الصبيان من الريحان والدهن فذلك محمول على العادة وقد قالوا
في توابع العقود التي لا ذكر لها في العقود انها تحمل على عادة كل بلد حتى قالوا
فيمن استاجر رجلا يضرب له لبنا ان الرسن والملبن على صاحب اللبن وهذا
على عادتهم وقالوا في الخياط ان السلوك عليه لان عادتهم جرت بذلك وقالوا
في الدقيق الذي يصلح به الحايك الثوب انه على صاحب الثوب فان كان اهل بلد
تعاملوا على خلاف ذلك فهو على ما يتعاملون وقالوا فيمن استوجر على حفر قبر

ان

ان عليه حثي التراب ان كان اهل تلك البلاد يتعاملون به وتشريج اللبن على اللبن
واخراج الخبز من التنور على الخباز لان ذلك من تمام العمل وقالوا في الطباخ اذا
استوجر في عرس ان اخراج المرق عليه ولو طبخ قدرا خاصة ففرغ منها
فله الاجر وليس عليه من اخراج المرق شي وهو مبني على العادة يختلف باختلاف
العادة وقالوا فيمن تكارى دابة يحمل عليها حنطة الى منزله فلما انتهى اليه
اراد صاحب الحنطة ان يحمل المكاري ذلك فيدخله منزله وابى المكاري قال
ابو حنيفة رحمه الله عليه ما يفعل الناس ويتعاملون عليه وان ارادوا ان
يصعد بها الى السطح والغرفة فليس ذلك عليه الا ان يكون اشترطه ولو كان
حمالا على ظهره فعليه ادخال ذلك وليس عليه ان يصعد به الى علو البيت
الا ان يشترطه واذا تكارى دابة فالاكاف على صاحب الدابة فاما الحبال
والجوالق فعلى ما تعارفه اهل الصنعة وكذلك اللجام واما السرج فعلى
رب الدابة الا ان يكون سنة البلد خلاف ذلك فيكون على سنتهم وعلى هذا
مسايل ولو التقط الرجل لقيطا فاستاجر له ظئرا فالاجرة عليه وهو
متطوع في ذلك اما لزوم الاجرة اياه فلانه التزم ذلك فيلزمه واما
كونه متطوعا فيه فلانه لا ولاية له على اللقيط فلا يملك ايجاب الدين في
ذمته ورضاعته على بيت المال لان ميراثه لبيت المال واما الثاني
وهو الذي يرجع الى صفة المستاجر والمستاجر فيه فالكلام فيه في موضعين
احدهما في بيان صفة المستاجر والمستاجر فيه والثاني في بيان ما يغير
تلك الصفة اما الاول فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في ان المستاجر
امانة في يد المستاجر كالدار والدابة وعبد الخدمة ونحو ذلك حتى لو هلك في يده
بغير صنعه لا ضمان عليه لان قبض الاجارة قبض ماذون فيه فلا يكون مضمونا
كقبض الوديعة والعارية وسوا كانت الاجارة صحيحة او فاسدة لما قلنا
واما المستاجر فيه كثوب القصارة والخياطة والمتاع المحمول في السفينة
تفسير اجير الوحد والمشترك
او على الدابة او على الحمال ونحو ذلك فالاجير لا يخلو اما ان يكون مشتركا
واما ان يكون خاصا وهو المسمى باجير الوحد فان كان مشتركا فهو امانة في
يده في قول ابي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو احد قولي الشافعي حتى لو هلك
في يده بغير صنعه لا يضمن سوا هلك قبل العمل او بعده وهو القياس
وقال ابو يوسف ومحمد هو مضمون عليه الا من حرق غالب او لصوص
م او غرق غالب ٢
مكابرين ولو احترق بيت الاجير المشترك بسراج يضمن الاجير كذا روي

عن محمد لان هذا البيت بحريق غالب وهو كذلك لا يقدر على استدراكه لو علم به لانه لو علم
به لاطفاه فلم يكن موضع العذر وهو استحسان ثم ان هلك قبل العمل يضمن
قيمته غير معمول ولا اجر له وان هلك بعد العمل فصاحبه بالخيار ان شا
ضمنه قيمته معمولا واعطاه الاجر بحسابه وان شا ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له
واحتجا بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال على اليد ما اخذت
حتى ترده وقد عجز عن رد عينه بالهلاك فيجب رد قيمته قايما مقامه وروي
ان عمر رضي الله عنه كان يضمن الاجير المشترك احتياطا لاموال الناس وهو
المعنى في المسلة وهو ان هولاء الاجرا الذين يسلم اليهم المال من غير شهود يخاف
الخيانة منهم فلو علموا انهم لا يضمنون لهلكت اموال الناس لانهم لا يعجزون
عن دعوى الهلاك وهذا المعنى لا يوجد في الحرق الغالب والغرق الغالب والسرق
الغالب ولابي حنيفة ان الاصل ان لا يجب الضمان الا على المتعدي لقوله تعالى
ولا عدوان الا على الظالمين ولم يوجد التعدي من الاجير لانه ماذون في القبض
والهلاك ليس من صنعه فلا يجب الضمان عليه ولهذا لا يجب الضمان على المودع
والحديث لا يتناول الاجارة لان الرد في باب الاجارة لا يجب على المستاجر وكان
المراد منه الاعارة والغصب وفعل عمر رضي الله عنه يحتمل انه كان في بعض الاجرا
وهو المتهم بالخيانة وبه نقول ثم عندهما انما يجب الضمان على الاجير اذا
هلك في يده لان العين انما تدخل في الضمان عندهما بالقبض كالعين المغصوبة فما
لم يوجد القبض لا يجب الضمان حتى لو كان صاحب المتاع معه راكبا في
السفينة او راكبا على الدابة التي عليها الحمل فعطب الحمل من غير صنع الاجير
لا ضمان عليه لان المتاع في يد صاحبه وكذلك اذا كان صاحب المتاع والمكاري
راكبين على الدابة او سايقين او قايدين لان المتاع في ايديهما فلم ينفرد
الاجير باليد فلا يلزمه ضمان اليد وروى بشر عن ابي يوسف انه ان سرق
المتاع من راس الحمال وصاحب المتاع يمشي معه لا ضمان عليه لان المتاع لم يصر
في يده حيث لم يخل صاحب المتاع بينه وبين المتاع وقالوا في المتاع اذا كان في الطعام كذا
في سفينتين وصاحبه في احداهما وهما مقرونتان او غير مقرونتين
الا ان سيرهما جميعا وحبسهما جميعا فلا ضمان على الملاح فيما هلك من يده
لانه هلك في يد صاحبه وكذلك القطار اذا كان عليه حمولة ورب الحمولة
على بعير فلا ضمان على الجمال لان المتاع في يد صاحبه لانه هو الحافظ له وروى
ابن سماعة عن ابي يوسف في رجل استاجر حمالا ليحمل عليه زقا من سمن فحمله صاحب

الزق

الزق والحمال جميعا ليضعاه على راس الحمال فانخرق الزق وذهب ما فيه
قال ابو يوسف لا يضمن الحمال لانه لم يسلم الى الحمال بل هو في يده قال وان
حمله الى بيت صاحبه ثم انزله الحمال من راسه وصاحب الزق فوقع من ايديهما
فالحمال ضامن وهو قول محمد الاول ثم رجع وقال لا ضمان عليه لابي يوسف
ان المحمول دخل في ضمان الحمال بثبوت يده عليه فلا يبرا الا بالتسليم الى
صاحبه فاذا اخذاه جميعا فيد الحمال لم تزل فلا يزول الضمان لمحمد ان
الشي قد وصل الى صاحبه بانزاله فخرج من ان يكون مضمونا كما لو حملاه ابتداء
الى راس الحمال فهلك وروى هشام عن محمد فيمن دفع الى رجل مصحفا يعمل
فيه ودفع الغلاف معه او دفع سيفا الى صيقل يصقله باجر ودفع الجفن معه
فضاعا قال محمد يضمن المصحف والغلاف والسيف والجفن لان المصحف لا يستغني
عن الغلاف والسيف لا يستغني عن الجفن فصار كشي واحد قال فان اعطاه
مصحفا يعمل له غلافا او سكينا يعمل له نصابا فضاع المصحف وضاع السكين
لم يضمنه لانه لم يستاجره على ان يعمل فيهما بل في غيرهما ولو اختلف الاجير
وصاحب الثوب فقال الاجير رددته وانكر صاحبه فالقول قول الاجير
في قول ابي حنيفة لانه امين عنده في القبض والقول قول الامين مع اليمين
ولكن لا يصدق في دعوى الاجر وعندهما القول قول صاحب الثوب لان
الثوب قد دخل في ضمانه عندهما فلا يصدق على الرد الا ببينة وان كان الاجير
خاصا فما في يده يكون امانة في قولهم جميعا حتى لو هلك في يده بغير صنعه
لا يضمن اما على اصل ابي حنيفة فلانه لم يوجد منه صنع يصلح سببا لوجوب
الضمان لان القبض قد حصل بامر المالك واما على اصلهما فلان وجوب الضمان
وجوب الضمان على الاجير المشترك
في الاجير المشترك ثبت استحسانا صيانة لاموال الناس ولا حاجة الى ذلك
في الاجير الخاص لان الغالب انه يسلم نفسه ولا يتسلم المال فلا يمكنه الخيانة
والله اعلم واما الثاني وهو بيان ما يغير به من صفة الامانة الى الضمان فالمغير
له اشيا منها ترك الحفظ لان الاجير لما قبض المستاجر فيه فقد التزم حفظه وترك
سبب ٣ الحفظ الملتزم يوجب الضمان كما اذا ترك المودع حفظ الوديعة حتى ضاعت
على ما نذكره في كتاب الوديعة ومنها الاتلاف والافساد اذا كان الاجير
متعديا بان تعمد ذلك او عنف في الدق سوا كان مشتركا او خاصا وان لم
يكن متعديا في الافساد بان فسد الثوب خطا بعمله من غير قصده فان كان الاجير
خاصا لا يضمن بالاجماع وان كان مشتركا كالقصار اذا دق الثوب فتخرق او القاه

في النورة فاحترق او الملاح غرقت السفينة من عمله وتجوز لكفالة يضمن في قول
اصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يضمن وهو احد قولي الشافعي وجه قول زفر
ان الفساد حصل بعمل ماذون فيه فلا يجب الضمان كالاجير الخاص والمعين
والدليل على انه حصل بعمل ماذون فيه انه حصل بالدق والدق ماذون فيه ولئن
لم يكن ماذونا فيه لكنه لا يمكنه التحرز عن هذا النوع من الفساد لانه ليس في وسعه
الدق المصلح فاشبه الحجام والبزاغ ولئن كان ذلك في وسعه لكنه لا يمكنه
تحصيله الا بحرج والحرج منفي وكان ملحقا بالبس في الوسع ولنا ان الماذون
فيه هو الدق المصلح لا المفسد لان العاقل لا يرضى بافساد ماله ولا يلتزم الاجرة
بمقابلة ذلك فيتقيد الامر بالمصلح دلالة وقوله لا يمكنه التحرز عن الفساد ممنوع
بل في وسعه ذلك بالاجتهاد في ذلك وهو بذل المجهود بالنظر في آلة الدق
ومحله وارسال المدقة على المحل على قدر ما يحتمله مع الحذاقة في العمل والمهارة
في الصنعة وعند مراعاة هذه الشرايط لا يحصل الفساد فلما حصل دل انه
قصر كما نقول في الاجتهاد في امور الدين الا ان الخطا في حقوق العباد ليس بعذر
حتى يواخذ الخاطي والناسي بالضمان وقوله لا يمكنه التحرز عن الفساد الا بحرج
مسلم لكن الحرج انما يوثر في حقوق الله تعالى بالاسقاط لا في حقوق العباد
وبهذا فارق الحجام والبزاغ لان السلامة والسراية هناك مبنية على قوة الطبيعة
وضعفها ولا يوقف على ذلك بالاجتهاد فلم يكن في وسعه الاحتراز عن السراية
فلا يتقيد العقد بشرط السلامة واما الاجير الخاص فهناك وان وقع عمله
افسادا حقيقة الا ان عمله ملحق بالعدم شرعا لانه لا يستحق الاجرة بعمله بل
بتسليم نفسه اليه في المدة فكانه لم يعمل وعلى هذا الخلاف اذا زلقت رجله م الحمال م
في الطريق او عثر فسقط وفسد حمله ولو زحمه الناس حتى فسد لم يضمن
بالاجماع لانه لا يمكنه حفظ نفسه عن ذلك فكان بمعنى الحرق الغالب والغرق
الغالب ولو كان الجمال هو الذي زاحم الناس حتى انكسر يضمن عند اصحابنا الثلاثة
وكذا الراعي المشترك اذا ساق الدواب على الشريعة فازدحمن على القنطرة
او على الشط فدفع بعضها بعضا فسقط في الماء فعطب فعلى هذا الخلاف
ولو تلفت دابة بسوقه او ضربه اياها فان ساق سوقا معتادا او ضرب
ضربا معتادا فعطب فهو على الاختلاف وان ساقها او ضرب سوقا وضربا
بخلاف العادة يضمن بالاجماع لان ذلك اتلاف من طريق التعدي ثم اذا
تخرق الثوب من عمل الاجير حتى ضمن لا يستحق الاجرة لانه ما اوفى المنفعة بل المضر

لان

لان ابقا المنفعة بالعمل المصلح دون المفسد وفي الحمال اذا وجب ضمان المتاع المحمول
فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي سلمه اليه وان شاء في الموضع
الذي فسد او هلك واعطاه الاجر الى ذلك الموضع وقد روي عن ابي حنيفة انه لا
خيار له بل يضمنه قيمته محمولا في الموضع الذي فسد او هلك اما التخيير على
اصل ابي يوسف ومحمد فظاهر لانه وجد جهتا الضمان القبض والاتلاف
فكان له ان يضمنه بالقبض وله ان يضمنه بالاتلاف يوم الاتلاف واما على اصل م يوم القبض م
ابي حنيفة ففيه اشكال لان عنده الضمان يجب بالاتلاف لا بالقبض وكان لوجوب
الضمان سبب واحد وهو الاتلاف فيجب ان تعتبر قيمته يوم الاتلاف ولا خيار ر
له على ما روي عنه والجواب ـــــ عنه من وجهين احدهما انه وجد هاهنا
سببا لوجوب الضمان احدهما الاتلاف والثاني العقد لان الاجير بالعقد السابق
التزم الوفا بالمعقود عليه وذلك بالعمل المصلح وقد خالف والخلاف من اسباب
وجوب الضمان فيثبت له الخيار ان شاء ضمنه بالعقد وان شا بالاتلاف
والثاني انه لما لم يوجد منه ايفا المنفعة في القدر التالف فقد تفرقت عليه
الصفقة في المنافع فيثبت له الخيار ان شا رضي بتفرقها وان شا فسخ العقد
ولا يكون ذلك الا بالتخيير ولو كان المستاجر على حمله عبيدا صغارا او كبارا فلا
ضمان على المكاري فيما عطب من سياقه ولا من قوده ولا يضمن بنو ادم من
وجه الاجارة ولا يشبه هذا المتاع لان ضمان بني ادم ضمان جناية وضمان الجناية
لا يجب بالعقد دلت هذه المسالة على ان ما يضمنه الاجير المشترك يضمنه
بالعقد لا بالافساد والاتلاف لان ذلك يستوي فيه المتاع والادمي فان وجوب
الضمان فيه بالخلاف لا بالاتلاف وذكر بشر في نوادره عن ابي يوسف في
القصار اذا استعان بصاحب الثوب ليدق معه فتخرق ولا يدري من اي
الدقين تخرق وقد كان صحيحا قبل ان يدقاه قال على القصار نصف القيمة
وقال ابن سماعة عن محمد ان الضمان كله على القصار حتى يعلم انه تخرق من دق
صاحبه او منه وقول محمد مر على اصلهما ان الثوب دخل في ضمان القصار
بالقبض بيقين فلا يخرج عن ضمانه الا بيقين مثله وهو ان يعلم ان التخرق حصل
بفعل غيره ولابي يوسف ان الفساد احتمل ان يكون من فعل القصار واحتمل ان
يكون من فعل صاحب الثوب فيجب الضمان على القصار في حال ولا يجب في حال فلزم
اعتبار الاحوال فيه فيجب نصف القيمة وقال لو اوفى تلميذ الاجير المشترك اذا وطي
على ثوب من القصارة فخرقه يضمن لان وطي الثوب غير ماذون فيه ولو وقع من

يه سراج فاحرق ثوبا من القصارة فالضمان على الاستاذ ولا ضمان على التلميذ لان الذهاب والمجي بالسراج عمل مادون فيه فينتقل عمله الى الاستاذ كانه عمله بنفسه فيجب الضمان عليه ولو دق هذا الغلام ثوبا فانفلتت الكودين من يده فخرق ثوبا من القصارة فالضمان على الاستاذ لان هذا من عمل القصارة فكان مضافا الى الاستاذ فان كان ثوبا وديعة عند الاستاذ فالضمان على الغلام لما قلنا وذكر في الاصل لو ان رجلا دعا قوما الى منزله فمشوا على بساطه فتخرق لم يضمنوا وكذلك لو جلسوا على وسادته لانه مادون في المشي على البساط والجلوس على الوسادة فالمتولد منه لا يكون مضمونا ولو وطيوا انية من الاواني ضمنوا لان هذا مما لا يوذن في وطيه وكذلك لو وطيوا ثوبا لا يبسط مثله ولو قلبوا اناء بايديهم فانكسر لم يضمنوا لان ذلك عمل مادون فيه ولو كان رجل منهم متقلدا سيفا فخرق السيف الوسادة لم يضمن لانه مادون في الجلوس على هذه الصفة ولو جفف القصار ثوبا على حبل في الطريق فمرت عليه حمولة فخرقته لا ضمان على القصار والضمان على سايق الحمولة لان الجناية من السايق لان المشي في الطريق مقيد بشرط السلامة فكان التلف مضافا اليه فكان الضمان عليه ولو تكارى رجل دابة ليركبها فضربها فعطبت او كبحها باللجام فاعطبها ذلك فانه ضامن الا ان ياذن له صاحب الدابة في ذلك عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد نستحسن ان لا نضمنه اذا لم يتعد في الضرب المعتاد والكبح المعتاد وجه قولهما ان ضرب الدابة وكبحها معتاد متعارف والمعروف كالمشروط ولو شرط ذلك لا يضمن كذا هنا ولابي حنيفة ان كل واحد منهما من الضرب والكبح غير مادون فيه لان العقد لا يوجب الاذن بذلك لامكان استيفاء المنافع بدونه فصار كما لو كان ذلك من اجنبي على انا ان قلنا انه مادون فيه لكنه مقيد بشرط السلامة لانه يفعله لمنفعة نفسه مع كونه مخيرا فيه فاشبه ضربه لزوجته ودعوى العرف في غير الدابة المملوكة ممنوعة على ان كونه مادونا فيه لا يمنع وجوب الضمان اذا كان مقيدا بشرط السلامة على ما ذكرنا والله اعلم ومنها الخلاف وهو سبب لوجوب الضمان وجملة الكلام فيه ان الخلاف قد يكون في الجنس وقد يكون في القدر وقد يكون في الصفة وقد يكون في المكان وقد يكون في الزمان والخلاف من هذه الوجوه قد يكون في استيجار الدواب وقد يكون في استيجار الصناع كالحايك والصباغ والخياط خلا المكاري اما استيجار الدواب فالمعتبر في الخلاف في القدر والجنس

م لان عمله انما يضاف الى الاستاذ ... [illegible] ... فيجب عليه الضمان ... وكذلك لو وقع من يد سراج ... فالضمان على الغلام ٣

م اذا وقع عصيانا ... سبب لوجوب الضمان ٣

والصفة فان كان الخلاف في الجنس فينظر فان كان الضرر في الاول اكثر من الثاني يضمن كل القيمة اذا عطبت الدابة لانه يصير غاصبا وان كان الضرر في الثاني مثل الضرر في الاول او اقل لا يضمن عندنا لان الاذن بالشي اذن بما هو مثله او دونه فكان مادونا في الانتفاع به من هذه الجهة دلالة فلا يضمن وان كان ضرر الدابة فيه لا من حيث الخفة والثقل بل من وجه اخر لا يعتبر فيه الخلاف من حيث الخفة والثقل وانما يعتبر من ذلك الوجه لان ضرر الدابة من ذلك الوجه وان كان الخلاف في القدر والضرر فيه من حيث الخفة والثقل يعتبر الخلاف في ذلك القدر ويجب الضمان بقدره لان الغصب يتحقق بذلك القدر وان كان الضرر فيه من جهة اخرى تعتبر تلك الجهة في الضمان لا الخفة والثقل وان كان الخلاف في الصفة وضرر وثقل الدابة ينشا منهما يعتبر الخلاف فيهما ويبنى الضمان عليهما وبيان هذه الجملة في مسايل اذا استاجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فعطبت يضمن قيمتها لان الحنطة اثقل من الشعير وليست من جنسه فلم يكن مادونا فيه اصلا فصار غاصبا كل الدابة متعديا عليها فيضمن كل قيمتها ولا اجر عليه لان الاجر لا يجتمعان لان وجوب الضمان لصيرورته غاصبا ولا اجر على الغاصب على اصلنا ولان المغصوبات تملك على اصل اصحابنا وذا يمنع وجوب الاجر عليه ولو استاجرها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها مكيلا اخر ثقله كثقل الحنطة وضرره كضررها فعطبت لم يضمن وكذلك من استاجر ارضا ليزرع فيها نوعا سمى فزرع غيره وهما متساويان في الضرر بالارض وكذلك ان استاجرها ليحمل عليها قدرا من حنطة فحمل عليها قدرا من شعير وكذلك اذا استاجر ارضا ليزرع فيها نوعا سمى فزرع نوعا اخر ضرره اقل من ضرر المسمى وهذا كله استحسان وهو قول اصحابنا الثلاثة والقياس ان يضمن وهو قول زفر لان الخلاف قد تحقق فيتحقق الغصب ولنا ان الخلاف الى مثله او الى ما هو دونه في الضرر لا يكون خلافا معنى لان الثاني اذا كان مثله في الضرر كان الرضى بالاول رضا بالثاني واذا كان دونه في الضرر فاذا رضي بالاول كان بالثاني ارضى فصار كما لو استاجرها ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره وهما متساويان في الكيل او ليحمل عليها عشرة فحمل عليها تسعة انه لا يصير مخالفا لما قلنا كذا هذا ولو استاجرها ليحمل عليها عشرة اقفزة حنطة فحمل عليها احد

م ط في استيجار الدواب ... [illegible] ... ينظر ان كان الضرر ... من حيث الخفة والثقل ... [illegible]

م مع الضمان ٣

عشر فان سلمت فعليه ما سمي من الاجر ولا ضمان عليه وان عطبت يضمن جزءاً
من احد عشر جزءاً من قيمة الدابة وهذا قول عامة العلماء وقال زفر وابن ابي
ليلي يضمن قيمة كل الدابة لان التلف حصل بالزيادة وكانت الزيادة علة
التلف ولنا ان تلف الدابة حصل بعضه مأذون فيه وبعضه غير مأذون بالنقل والنقل م
فيه فيقسم الثقل عشرة احد عشر جزءاً فيضمن بقدر ذلك ونظير هذا احدم
ما قال اصحابنا في حائط بين شريكين اثلاثا مال الى الطريق فاشهد على
احدهما دون الاخر فسقط الحائط على رجل فقتله فعلى الذي اشهد عليه
قدر نصيبه لانه مات من ثقل الحائط وثقل الحائط اثلاث كذا هذا
وعليه الاجر لانه استوفى المعقود عليه وهو حمل عشرة مخاتيم وانما
خالف في الزيادة وانها استوفيت من غير عقد فلا اجرة لها وكذا لو
استاجر سفينة ليطرح فيها عشرة اكرار فطرح فيها احد عشر
فغرقت السفينة انه يجب الضمان بقدر الزيادة عند عامة العلماء وعند
زفر وابن ابي ليلي يضمن قيمة كل السفينة لان التلف حصل بسبب الزيادة
فهي علة التلف الا ترى انه لو لم يزد لما حصل التلف والجواب
ان هذا ممنوع بل التلف حصل بالكل الا ترى ان الكر الزائد لو انفرد لما
حصل التلف فيثبت ان التلف حصل بالكل والبعض ماذون فيه والبعض
غير ماذون فيه فما هلك بما هو ماذون فيه لا ضمان عليه فيه وما هلك
بما هو غير ماذون فيه ففيه الضمان وصار كمسئلة الحائط ولو استاجر
دابة ليحمل عليها مائة رطل من قطن فحمل عليها مثل وزنه حديداً
او اقل من وزنه فعطبت الدابة يضمن قيمتها لان ضرر الدابة ههنا
ليس للثقل بل للانبساط والاجتماع لان القطن ينبسط على ظهر الدابة
والحديد يجتمع في موضع واحد فيكون انكى لظهر الدابة واعقر لها فلم يكن
ماذونا فيه فصار غاصبا فيضمن ولا اجرة عليه لما قلنا وكذلك اذا
استاجر ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حطبا او خشبا او اجرا او حديدا
او حجارة او نحو ذلك مما يكون انكى لظهر الدابة واعقر لها حتى عطبت يضمن
كل القيمة ولا اجر عليه لما قلنا ولو استاجرها ليركب عليها فحمل عليها
او استاجرها ليحمل عليها فركبها حتى عطبت ضمن لان الجنس قد اختلف وقد
تكون الضرر في احدهما اكثر ولو استاجرها ليركبها فاركبها من هو مثله في
الثقل او اخف ضمن لان الخلاف ههنا ليس من جهة الخفة والثقل بل من حيث

الخرق

الخرق والعلم فان خفيف البدن اذا لم يحسن الركوب يضر بالدابة والثقيل
الذي يحسن الركوب لا يضر بها فاذا عطبت علم ان التلف حصل من خرقه
بالركوب فيضمن ولا اجر عليه لما قلنا ولو استاجرها ليركبها بنفسه فاركب
معه غيره فعطبت فهو ضامن نصف قيمتها ولا يعتبر الثقل ههنا
لان تلف الدابة ليس من ثقل الراكب بل من قلة معرفته بالركوب فصار
تلفها بركوبهما بمنزلة تلفها بجراحتهما وركوب احدهما ماذون فيه وركوب الاخر
غير ماذون فيه فيضمن نصف قيمتها وصار كحائط بين شريكين اثلاثا اشهد
على احدهما فوقعت منه آجرة فقتلت رجلا فعلى الذي اشهد عليه نصف
ديته وان كان نصيبه من الحائط اقل من النصف لان التلف ما حصل بالثقل
بل بالجرح والجراحة اليسيرة كالكثيرة في حكم الضمان كمن جرح انسانا جراحة
وجرحه آخر جراحتين فمات من ذلك كان الضمان عليهما نصفين كذا ههنا
وعليه الاجرة لانه استوفى المعقود عليه وزيادة على ذلك وهي اركاب
الغير غير ان الزيادة استوفيت من غير عقد فلا يجب بها الاجر هذا
اذا كانت الدابة تطيق اثنين فان كانت لا تطيقهما فعليه جميع قيمتها
لانه اتلفها باركاب غيره ولو استاجر حمارا باكاف فنزع منه الاكاف
واسرجه فعطب فلا ضمان عليه لان ضرر السرج اقل من ضرر الاكاف
لانه ياخذ من ظهر الدابة اقل مما ياخذ الاكاف ولو استاجر حمارا بسرج
يضمن م فنزع منه السرج واوكفه فعطب ذكر في الاصل انه يضمن بقدر ما زاد الاكاف على
السرج ولم يذكر الاختلاف وذكر في الجامع الصغير انه يضمن كل القيمة في قول
ابي حنيفة وفي قولهما يضمن بحساب الزيادة وجه قولهما ان الاكاف
والسرج كل واحد منهما يركب به عادة وانما يختلفان بالثقل والخفة لان
الاكاف اثقل فيضمن بقدر الثقل كما اذا استاجره بسرج فنزعه واسرجه
بسرج آخر اثقل منه او لو فعطب انه يضمن بقدر الزيادة كذا ههنا ولابي حنيفة
ان الاكاف لا يخالف السرج في الثقل وانما يخالفه من وجه آخر وهو
انه ياخذ من ظهر الدابة اكثر مما ياخذ السرج ولان الدابة التي لم تالف
ن الاكاف يضرها الاكاف والخلاف اذا لم يكن للثقل يجب به جميع الضمان
كما اذا حمل مكان القطن الحديد بخلاف ما اذا ابدل السرج بسرج آخر
اثقل منه او الاكاف باكاف اثقل منه لان التفاوت هناك من ناحية الثقل فيضمن
بقدر الزيادة كما في الزيادة على المقدرات من جنسها على ما مر ولو استاجر حمارا -

عاريا فاسرجه ثم ركبه فعطب كان ضامنا لان السرج اثقل على الدابة وقيل هذا
اذا استاجره ليركبه في المصر وهو من عرض الناس ممن يركب في المصر
بغير سرج فاما اذا استاجره ليركبه خارج المصر او هو من ذوي الهيآت
لا يضمن لان الحمار لا يركب من بلد الى بلد بغير سرج ولا اكاف وكذا ذوي
الهيئة فكان الاسراج ماذونا فيه دلالة فلا يضمن ولو استاجر حمارا بسرج
فاسرجه بغيره فان كان سرجا يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه وان كان
لا يسرج بمثله الحمر فهو ضامن لان الثاني اذا كان مما يسرج بمثله الحمر
لا يتفاوتان في الضرر وكان الاذن باحدهما اذنا بالاخر دلالة واذا كان
مما لا يسرج بمثله الحمر بان كان سرجا كبيرا كسروج البراذين كان ضرره
اكثر فكان ذلك اتلافا للدابة فيضمن وكذلك اذا لم يكن عليه لجام فالجمه
فلا ضمان عليه اذا كان مثله يلجم بمثل ذلك اللجام وكذلك ان ابدله لان الحمار
لا يتلف باصل اللجام فاذا كان الحمار قد يلجم بمثله او ابدله بمثله فلم يوجد
منه الاتلاف ولا الخلاف فلا يضمن واما الخلاف في المكان فنحو ان
يستاجر دابة للركوب او للحمل الى مكان معلوم فجاوز ذلك المكان وحكمه
انه كما جاوز المكان المعلوم دخل المستاجر في ضمانه حتى لو عطب قبل العود
الى المكان الماذون فيه يضمن كل القيمة ولو عاد الى المكان الماذون فهل يبرا
عن القيمة كان ابو حنيفة اولا يقول يبرا كالمودع اذا خالف ثم عاد الى
الوفاق وهو قول زفر وعيسى بن ابان من اصحابنا ثم رجع وقال لا يبرا حتى
يسلمها الى صاحبها سليمة وكذلك العارية بخلاف الوديعة وجه
قوله الاول ان الشي امانة في يده الا ترى انه لو هلك في يده قبل الخلاف لا ضمان
عليه فكانت يده يد المالك فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك فاشبه
الوديعة ولهذا لو هلك في يده ثم استحق بعد الهلاك وضمنه المستحق
رجع على المواجر كالمودع سوا بخلاف المستعير فانه لا يرجع وجه
قوله الاخر ان يد المستاجر يد نفسه لانه قبض الشي لمنفعة نفسه
فكانت يده يد نفسه لا يد المواجر وكذا يد المستعير لما قلنا واذا كانت
يده يد نفسه فاذا ضمن بالتعدي لا يبرا من ضمانه الا برده الى صاحبه
لانه لا تكون الاعادة الى المكان الماذون فيه ردا الى يد نايب المالك فلا يبرا
من الضمان بخلاف الوديعة لان يد المودع يد المالك لا يد نفسه الا ترى
انه لا ينتفع بالوديعة فكان العود الى الوفاق ردا الى يد نايب المالك فيبرا

بلغ

من الضمان بخلاف الوديعة فكان ردا الى المالك معنى فهو الفرق واما
الرجوع على المواجر بالضمان فليس ذلك لكون يده يد المواجر بل لانه صار
مغرورا من جهته كالمشتري اذا استحق المبيع من يده انه يرجع على البايع
بسبب الغرور كذا هذا ولو استاجرها ليركبها الى مكان عينه فركبها الى مكان
اخر يضمن اذا هلكت وان كان الثاني اقرب من الاول لانه صار مخالفا لاختلاف
الطرق الى الاماكن فكان بمنزلة اختلاف الجنس ولا اجر عليه لما قلنا ولو
ركبها الى ذلك المكان الذي عينه لكن من طريق اخر ينظر ان كان الناس
يسلكون ذلك الطريق لا يضمن لانه لم يصر مخالفا وان كانوا لا يسلكونه
يضمن اذا هلكت لصيرورته مخالفا غاصبا بسلوكه وان لم يهلك وبلغ
الموضع المعلوم ثم رجع وسلم الدابة الى صاحبها فعليه الاجر ولو استاجرها
ليركبها او ليحمل عليها الى مكان معلوم فذهب بها ولم يركبها ولم يحمل عليها
شيا فعليه الاجرة لانه سلم المنافع اليه بتسليم محلها الى المكان المعلوم
فصار كما لو استاجر دارا ليسكنها فسلم المفتاح اليه فلم يسكن حتى
مضت المدة انه تجب الاجرة لما قلنا كذا هذا ولو امسك الدابة في الموضع
الذي استاجرها اليه فان امسكها على قدر ما يمسك الناس الى ان يحمل
فهلكت فلا ضمان عليه لان حبس الدابة ذلك القدر مستثنى عادة فصار
ماذونا فيه دلالة وان حبس مقدار ما لا يحبس الناس مثله يوما او ثلاثة
فعطب يضمن لانه خالف في المكان بالامساك الخارج عن العادة فصار
غاصبا فيضمن اذا هلك ولا اجرة عليه لما قلنا ولو لم تهلك فامسكها
في بيته فلا اجر عليه لما مر ان الاجر بمقابلة تسليم الدابة في جميع الطريق
ولم يوجد بخلاف ما اذا استاجرها عشرة ايام ليركبها فحبسها ولم يركبها
حتى ردها يوم العاشر ان عليه الاجرة ويسع لصاحبها ان ياخذ ذلك
وان كان يعلم انه لم يركبها لان استحقاق الاجر في الاجارة على الوقت بالتسليم
في الوقت وقد وجد فتجب الاجرة كما في اجارة الدار ونحوها بخلاف الاجارة
على المسافة فان الاستحقاق هناك بالتسليم في جميع الطريق ولم يوجد فلم
تجب الاجرة واما الخلاف في الزمان فنحو ان يستاجر الدابة ليركبها او ليحمل
عليها مدة معلومة فانتفع بها زيادة على المدة فعطبت الدابة في يده ضمن
لانه صار بالانتفاع بها فيما وراء المدة المذكورة غاصبا واما استيجار
الصناع من الحايك والخياط والصباغ ونحوهم فالخلاف ان كان في الجنس بان

(هامش: م الذي استاجرها ولم يذهب بها الى الموضع م)

(هامش: غاصبا صح)

واعطاه م

دفع ثوبا الى الصباغ يصبغه لونا فصبغه لونا اخر فصاحب الثوب بالخيار
ان شا ضمنه قيمة ثوبه ابيض وسلم الثوب للاجير وان شا اخذ الثوب
ما زاد الصبغ فيه ان كان الصبغ مما يزيد اما خيار التضمين فلفوات غرضه
لان الاغراض تختلف باختلاف الالوان فله ان يضمنه قيمة ثوب ابيض
لتفويته عليه منفعة مقصودة وصار متلفا الثوب عليه وكان له ان
يضمنه وان شا اخذ الثوب لان الضمان وجب حقا له فله ان يسقط حقه
ولا اجر له لانه لم يات بما وقع عليه العقد راسا حيث لم يوف العمل الماذون
فيه اصلا فلا يستحق الاجر كالغاصب اذا صبغ الثوب المغصوب ويعطيه
ما زاد الصبغ فيه ان كان الصبغ مما يزيد كالحمرة والصفرة ونحوهما لانه
عين مال قايم بالثوب فلا سبيل الى اخذه مجانا بلا عوض فياخذ ويعطيه
ما زاد الصبغ فيه رعاية للحقين ونظرا من الجانبين كالغاصب وان كان
الصبغ مما لا يزيد كالسواد على اصل ابي حنيفة فاختار اخذ الثوب لا يعطيه شيا
بل يضمنه نقصان الثوب في قول ابي حنيفة بنا على ان السواد لا قيمة له عنده
فلا يزيد بل ينقص وعندهما له قيمة الصبغ فكان حكمه حكم ساير الالوان
ولو استاجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطبة
مع الزرع جنسان مختلفان اذ الرطبة ليست لها نهاية معلومة بخلاف
الزرع وكذا الرطبة تضر بالارض ما لا يضرها المزروع فصار في الاشتغال
بزراعة الرطبة غاصبا اياها بل متلفا ولا اجر له لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان
وقال هشام عن محمد في رجل امر انسانا بان ينقش في فصه اسمه فنقش
اسم غيره انه يضمن الخاتم لانه فوت الغرض المطلوب من الخاتم وهو
الختم به فصار كالمتلف اياه قال واذا امر رجلا ان يحمر له بيتا بحضرة
قال محمد اعطيه ما زاد الحضرة فيه ولا اجر له لانه لم يعمل ما استاجره
عليه راسا فلا يستحق الاجرة ولكن يستحق قيمة الصبغ الذي زاد في البيت
لما مر ولو دفع الى خياط ثوبا ليخيط له قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شا
ضمنه قيمة الثوب وان شا اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به ما سمي
لان القباء والقميص مختلفان في الانتفاع فصار مفوتا منفعة مقصودة وصار
متلفا الثوب عليه فله ان يضمنه وله ان ياخذ ويعطيه اجر مثله لما قلنا
وان كان الخلاف في الصفة نحو ان دفع الى صباغ ثوبا ليصبغه بصبغ مسمى
فصبغه بصبغ اخر لكنه من جنس ذلك اللون فلصاحبه ان يضمنه قيمته ابيض

ويسلم الثوب له وان شا اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به ما سمي اما
ثبوت الخيار فلما ذكرنا في الخلاف في الجنس وانما وجب الاجر هاهنا لان الخلاف
في الصفة لا يخرج العمل من ان يكون معقودا عليه فقد اتى باصل المعقود عليه
الا انه لم يات بوصفه فمن حيث انه لم يات بالوصف الماذون فيه لم يجب
المسمى ومن حيث انه اتى بالاصل وجب اصل اجر المثل ولا يجاوز به المسمى
لان هذا شان اجر المثل لما ذكر وروى هشام عن محمد فيمن دفع الى رجل
شبها ليضرب له طشتا موصوفا معروفا فضرب له كوزا قال ان شا ضمنه مثل
شبهه ويصير الكوز للعامل وان شا اخذه واعطاه مثل اجر عمله لا يجاوز
به ما سمي لان العقد وقع على الضرب والصناعة صفة فقد فعل المعقود
عليه باصله وخالف في الصفة فيثبت للمستعمل الخيار وعلى هذا اذا دفع غزلا
الى حايك ليحوك له ثوبا صفيقا فحاكه ثوبا رقيقا او شرط عليه ان يحوك له
ثوبا رقيقا فحاكه صفيقا ان صاحب الثوب بالخيار ان شا ضمنه مثل غزله وان
شا اخذ الثوب واعطاه اجر مثل عمله لا يجاوز به ما سمي وذكر في الاصل اذا
دفع خفه الى خفاف لينعله فانعله بنعل لا ينعل بمثله الخفاف فصاحب الخف
بالخيار ان شا ضمنه خفه بغير نعل وان شا اخذه واعطاه اجر مثله في عمله
وقيمة النعل لا يجاوز به ما سمي وان كان ينعل بمثله الخفاف فهو جايز وان لم
يكن جيدا اما ثبوت الخيار اذا انعله بما لا ينعل بمثله الخفاف فلانه لم يات
م اذا انعل الخف المغصوب فكان للمالك ان يضمنه كالغاصب م بالماموربه راسا بل اتى بما لم يومر به ابتدا فصار كالغاصب ولهان ياخذ
الخف لان ولاية التضمين تثبت لحق المالك فاذا رضي بالاخذ كان له ذلك
واذا اخذ اعطاه اجر مثله لانه ماذون في العمل وقد اتى باصل العمل وانما
خالف في الصفة فله ان يختاره ويعطيه اجر المثل ولا يعطيه المسمى لان
ذلك مقابل بعمل موصوف ولم يات بالصفة ويعطيه ما زاد النعل لانه عين
مال قايم بالخفاف فصار بمنزلة الصبغ في الثوب وانما جعل الخيار في هذه
المسايل الى صاحب الخف والثوب لانه صاحب متبوع والنعل والصبغ تبع
فكان اثبات الخيار لصاحب الاصل اولى وان كان ينعل بمثله الخفاف فهو جايز
وان لم يكن جيدا لان الاذن يتناول ادنى ما يتناوله يقع الاسم عليه وقد وجد
ولو شرط عليه جيدا فانعله بغير جيد فان شا ضمنه قيمة الخف وان شا اخذ
الخف واعطاه اجر مثله في عمله وقيمة ما زاد فيه لا يجاوز به ما سمي لان
الردي من جنس الجيد وثبت الخيار لفوات الوصف المشروط وان كان الخلاف في

القدر نحو ما ذكر محمد رحمه الله في الاصل في رجل دفع غزلا الى حايك ينسجه له سبعا
في اربعة فخالف بالزيادة او بالنقصان فان خالف بالزيادة على اصل المذكور
فان الرجل بالخيار ان شا ضمنه مثل غزله وسلم الثوب له وان شا اخذ الثوب
واعطاه الاجر المسمى اما ثبوت الخيار فلانه لم يحصل له غرضه لان الزيادة
في قدر الذرع يوجب نقصانا في الصفة وهي الصفاقة فيفوت غرضه
فيثبت له الخيار فان شا ضمنه مثل غزله بتعديه عليه بتفويت منفعة
مقصودة وان شا اخذه واعطاه الاجر الذي سماه لانه اتى باصل العمل الذي
هو معقود عليه وانما خالف في الصفة والخلاف في صفة العمل لا يخرج
العمل من ان يكون معقودا عليه كمن اشترى شيا معيبا كان له ان ياخذه مع ن وجه م
العيب وان كان الخلاف في النقصان ففيه روايتان ذكر في الاصل ان له ان
ياخذه ويعطيه من الاجر بحسابه وذكر في رواية اخرى ان عليه اجر المثل
وجه هذه الرواية انه لما نقص في القدر فقد فوت الغرض المطلوب
من الثوب فصار كانه عمل بحكم اجارة فاسدة ليس فيها اجر مسمى وجه
رواية الاصل ان العقد وقع على مقدر ولم يات بالمقدر فصار كما لو عقد على نقل م عمل م
كر من طعام الى موضع كذا بدرهم فنقل بعضه انه يستحق من الاجر بحسابه كذا
هاهنا وان اوفاه الوصف وهو الصفاقة والذرع وزاد فيه فقد روى
هشام عن محمد ان صاحب الثوب بالخيار ان شا ضمنه مثل غزله وصار الثوب
للصانع وان شا اخذ الثوب واعطاه المسمى ولا يزيد للذرع الزايد شيا
اما ثبوت الخيار فلتغير الصفة اذ الانسان قد يحتاج الى الثوب القصير
ولا يحتاج الى الطويل فيثبت له الخيار ولانه اذا زاد في طوله فقد استكثر
من الغزل فان اخذه فلا اجر له في الزيادة لانه متطوع فيها حيث عملها
بغير اذن صاحب الثوب فكان متبرعا فلا يستحق الاجر عليها وذكر في الاصل اذا
اعطى صباغا ثوبا ليصبغه بعصفر ربع الهاشمي بدرهم فصبغه بقفيز ربع الهاشمي مقرب
عصفر واقر رب الثوب بذلك فان رب الثوب بالخيار ان شا ضمنه قيمة
ثوبه وان شا اخذ الثوب واعطاه ما زاد العصفر فيه مع الاجر وذكر
القدوري ان مشايخنا ذكروا فيه تفصيلا فقالوا ان هذا على وجهين ان كان
صبغه اولا بربع الهاشمي ثم صبغه بثلاثة ارباع القفيز فصاحب الثوب
بالخيار ان شا ضمنه قيمة الثوب وان شا اخذه واعطاه الاجر المسمى وما زاد
لثلاثة ارباع القفيز في الثوب لانه لما افرده بالصبغ المادون فيه اولا وهو ربع

الهاشمي

الهاشمي فقد اوفى المعقود عليه وصار متعديا بالصبغ الثاني كانه غصب ثوبه
مصبوغا بعصفر بالربع ثم صبغه بثلاثة الارباع فيثبت له الخيار ان شا اخذ
الثوب واعطاه المسمى لانه سلم له الصبغ المعقود عليه فيلزمه المسمى ويعطيه
ما زاد الصبغ الثاني فيه لانه عين مال قايم للصباغ في الثوب وان شا ضمنه
قيمة الثوب مصبوغا بربع القفيز ووجب له الاجر لان الصبغ في حكم المقبوض
من وجه لحصوله في ثوبه لكن لم يكمل القبض فيه لانه لم يصل الى يده فكان
مقبوضا من وجه دون وجه فكان له فسخ القبض لتغير الصفة المعقودة
وله ان يضمنه ويضمن الاجر وان كان صبغه ابتدا بقفيز فله ما زاد الصبغ
ولا اجر له لانه لم يوف بالعمل الماذون فيه فلم يعمل المعقود عليه فيصير
لانه غصب ثوبا وصبغه بعصفر وروى ابن سماعة عن محمد خلاف ذلك
وهو ان له ان ياخذ الثوب ويغرم الاجر وما زاد العصفر فيه مجتمعا فيه
كان او متفرقا لان الصبغ لا يتشرب في الثوب دفعة واحدة بل شيا فشيا
فيستوي فيه الاجتماع والافتراق واما الاجارة الفاسدة وهي التي فاتها شرط
من شرايط الصحة فحكمها الاصلي هو ثبوت الملك للمواجر في اجر المثل لا في المسمى
بمقابلة استيفا المنافع المملوكة ملكا فاسدا لان المواجر لم يرض باستيفا المنافع
الا ببدل ولا وجه الى ايجاب المسمى لفساد التسمية فيجب اجر المثل ولان
الموجب الاصلي في عقود المعاوضات هو القيمة لان مبناها على المعادلة والقيمة
هي العدل الا انها مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف
المقومين فيعدل منها الى المسمى عند صحة التسمية فاذا فسدت وجب
المصير الى الموجب الاصلي وهو اجر المثل هاهنا لانه قيمة المنافع المستوفاة
الا انه لا يزاد على المسمى في عقد فيه تسمية عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر
يزاد ويجب بالغا ما بلغ بنا على ان المنافع عند اصحابنا الثلاثة غير متقومة
شرعا بانفسها وانما تتقوم بالعقد بتقويم العاقدين والعاقدان ما قوماها
الا بالقدر المسمى فلو وجبت الزيادة على المسمى لوجبت بلا عقد وانها لا تتقوم
بلا عقد بخلاف البيع الفاسد ان المبيع بيعا فاسدا مضمون بقيمته بالغة
ما بلغت لان الضمان هناك بمقابلة العين والاعيان متقومة بانفسها فوجب
كل قيمتها وفي قول زفر وبه اخذ الشافعي هي متقومة بانفسها فوجب كل قيمتها
بمنزلة الاعيان فكانت مضمونة بجميع قيمتها كالاعيان هذا اذا كان في العقد تسمية
فاما اذا لم يكن فيه تسمية فانه يجب اجر المثل بالغا ما بلغ بالاجماع لانه اذا لم

الاجارة الفاسدة

يكن فيه تسمية والآجر لا يرضى باستيفا المنافع بغير بدل كان ذلك تمليكا بالقيمة
التي هي الموجب الاصلي دلالة وكان ذلك تقويما للمنافع باجر المثل اذ هي قيمة المنافع
في الحقيقة ولا يثبت في هذه الاجارة شي من الاحكام التي هي من التوابع الا ما يتعلق
بصفة المستاجر له وفيه وهي كونه امانة في يد المستاجر حتى لو هلك لا يضمن
المستاجر لحصول الهلاك في قبض ماذون فيه من قبل المواجر واما الاجارة
الباطلة وهي التي فاتها شرط من شرايط الانعقاد فلا حكم لها راسا لان ما لا ينعقد
فوجوده في حق الحكم وعدمه بمنزلة واحدة وهو تفسير الباطل من التصرفات
الشرعية كالبيع ونحوه والله اعلم **فصل** واما حكم اختلاف العاقدين
في عقد الاجارة فان اختلفا في مقدار البدل والمبدل او المبدل والاجارة وقعت
صحيحة ينظر ان كان اختلافهما قبل استيفا المنافع تحالفا لقول النبي صلى الله عليه وسلم
اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا والاجارة نوع بيع فيتناولها الحديث والرواية — التجارة صح
الاخرى وهي قوله والسلعة قايمة بعينها يتناول بعض انواع الاجارة وهو ما اذا
باع عينا بمنفعة واختلفا فيها واذا ثبت التحالف في نوع بالحديث يثبت في الانواع
كلها بنتيجة الاجماع لان احدا لا يفصل بينهما ولان التحالف قبل استيفا المنفعة
موافق للاصول لان اليمين في اصول الشرع على المنكر وكل واحد منهما مدعي
من وجه ومنكر من وجه لان المواجر يدعي على المستاجر زيادة الاجرة م — م والمستاجر ينكر م
والمستاجر يدعي على المواجر وجوب تسليم المستاجر بما يدعي من الاجرة والمواجر
ينكر وكان كل واحد منهما منكرا من وجه واليمين وظيفة المنكر في اصول
الشرع ولهذا جرى التحالف قبل القبض في بيع العين والتحالف هاهنا
قبل القبض لانهما اختلفا قبل استيفا المنفعة ثم ان كان الاختلاف في قدر البدل
يبدا بيمين المستاجر لانه منكر وجوب الاجرة الزايدة وان كان في قدر المبدل
يبدا بيمين المواجر لانه منكر وجوب تسليم زيادة المنفعة واذا تحالفا تفسخ وايهما
نكل تلزمه دعوى صاحبه لان النكول بذل او اقرار والمبدل والبدل كل واحد
منهما يحتمل البذل والاقرار وايهما اقام البينة قبلت بينته لان الدعوى لا تقابل
الحجة وان اقاما جميعا البينة فان كان الاختلاف في المبدل فبينة المواجر
اولى لانها تثبت زيادة الاجرة وان كان الخلاف في المبدل فبينة المستاجر
اولى لانها تثبت زيادة المنفعة فان ادعى المواجر فضلا فيما يستحق من
الاجر وادعى المستاجر فضلا فيما يستحق من المنفعة بان قال المواجر م — م آجرتك هذه الدابة الى القصر بعشرة وقال المستاجر الى الكوفة بخمسة او قال المواجر م
اجرتك شهرا بعشرة وقال المستاجر شهرين بخمسة فالامر في التحالف والنكول

واقامة

واقامة احدهما البينة على ما ذكرنا وان اقاما جميعا البينة قبلت بينة كل — شهرا
واحد منهما على الفضل الذي يستحقه بعقد الاجارة فيكون الى الكوفة بعشرة
وشهرين بعشرة لان كل واحد منهما يثبت زيادة لان بينة المواجر تثبت
زيادة الاجرة وبينة المستاجر تثبت زيادة المنفعة فيقبل كل واحد منهما
على الزيادة التي تثبتها وان كان اختلافهما بعد ما استوفى المستاجر بعض
المنفعة بان سكن الدار المستاجرة بعض المدة او ركب الدابة المستاجرة بعض
المسافة ثم اختلفا فالقول قول المستاجر فيما مضى مع يمينه ويتحالفان
وتفسخ الاجارة فيما بقي لان العقد على المنافع ساعة فساعة على حسب
حدوثها شيا فشيا فكان كل جزء من اجزا المنفعة معقودا عليه مبتدا فكان
ما بقي من المدة او المسافة منفردا بالعقد فيتحالفان فيه بخلاف ما اذا هلك
بعض المبيع على قول ابي حنيفة انه لا يثبت التحالف عنده لان البيع ورد
على جملة واحدة وهي العين القايمة للحال وكل جزء من المبيع ليس بمعقود
عليه م انما الجملة معقود عليها بعقد واحد فاذا تعذر الفسخ في قدر — م مبتداء صح
الهالك سقط في الباقي وان كان اختلافهما بعد مضي وقت الاجارة او بعد
بلوغ المسافة التي استاجر اليها لا يتحالفان فيه والقول قول المستاجر في
مقدار البدل مع يمينه ولا يمين على المواجر م والمنافع المنعدمة لا تحتمل فسخ — م لان التحالف يثبت الفسخ صح
العقد فلا يثبت التحالف وهذا على اصل ابي حنيفة وابي يوسف ظاهر
لان قيام المبيع في باب البيع شرط جريان التحالف حتى لا يثبت التحالف في المبيع
الهالك والمنافع هاهنا هالكة فلا يثبت فيها التحالف واما محمد فيحتاج
الى الفرق بين المبيع الهالك وبين المنافع الهالكة ووجه الفرق له ان
المنافع غير متقومة بانفسها على ما قلنا وانما تتقوم بالعقد فاذا تفسخت
الاجارة بالتحالف تبقى المنافع مستوفاة من غير عقد فلا تتقوم فلا يثبت
التحالف بخلاف الاعيان فانها متقومة بانفسها فاذا فسخ البيع بالتحالف
يبقى المبيع متقوما بنفسه في يد المشتري فتجب عليه قيمته وانما كان
القول قول المستاجر لانه المستحق عليه والخلاف متى وقع في الاستحقاق
كان القول قول المستحق عليه والله اعلم وان كان الاختلاف في جنس الاجرة
بان قال المستاجر استاجرت هذه الدابة الى موضع كذا بعشرة دراهم
وقال الآجر بدينار فالحكم في التحالف والنكول واقامة احدهما البينة
ما وصفنا فان اقاما جميعا البينة فالبينة بينة المواجر لانها تثبت الاجرة

قلنا

حقا له وبينة المستاجر لا تثبت الاجرة حقا له فكانت بينة المواجر اولى بالقبول الما
ولو اختلفا فقال المواجر اجرتك هذه الدابة الى القصر بدينار وقال المستاجر
الى الكوفة بعشرة دراهم واقاما البينة فهي الى الكوفة بدينار وخمسة دراهم
لان الاختلاف الى القصر وقع في البدل فكانت بينة المواجر اولى لما قلنا وتثبت
الاجارة الى القصر بدينار ثم المستاجر يدعي من القصر الى الكوفة بخمسة لان
القصر نصف الطريق والمواجر يجحد هذه الاجارة فالبينة المثبتة للاجارة
اولى من النافية وقد روى ابن سماعة عن ابي يوسف في رجل استاجر من
رجل دارا سنة فاختلفا واقام المستاجر البينة انه استاجر احد عشر
شهرا م وقد اقام على ذلك بينة فتقبل بينته فاما الشهر الثاني عشر فقد — م منها بدرهم وشهرا بتسعة واقام رب الدار البينة انه اجرها بعشرة قال فاني اخذ ببينة رب الدار لانه يدعي فضل اجرة في احد عشر شهرا م
فقد اقر المستاجر للمواجر فيه بفضل الاجرة فيما ادعى فان صدقه على ذلك
والا سقط الفضل بتكذيبه ولو اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب
امرتك ان تقطعه قباء وقال الخياط امرتني ان اقطعه قميصا فالقول قول رب
الثوب مع يمينه عندنا والخياط ضامن قيمة الثوب وان شاء رب الثوب
اخذ الثوب واعطاه اجر مثله وقال ابن ابي ليلى القول قول الخياط مع يمينه
واختلف قول الشافعي فقال في موضع مثل قولنا وفي موضع قال يتحالفان
فاذا حلفا سقط الضمان عن الخياط وسقط الاجر وجه قول ابن ابي ليلى ان
صاحب الثوب اقر بالاذن بالقطع غير انه يدعي زيادة صفة موجب
الضمان وسقط الاجر والخياط ينكر فكان القول قوله ولنا ان الاذن — م قوله م
يستفاد من قبل صاحب الثوب فكان القول في صفة الاذن م ولهذا لو وقع الخلاف — م اذن بالقطع كان القول قوله فكذا اذا قال م
في اصل الاذن بالقطع فقال صاحب الثوب لم اذن بقطعه قميصا وقد
خرج الجواب عما ذكره ابن ابي ليلى لان الماذون فيه قطع القباء لا مطلق
القطع ولا معنى لاحد قولي الشافعي لان التحالف وضع للفسخ ولا يمكن
الفسخ هاهنا فلا يثبت التحالف ولان صاحبه يدعي على الخياط الغصب
والخياط يدعي الاجر وذلك لا يثبت فيه التحالف وانما كان له تضمين الخياط قيمة — م الخياط م
الثوب لان صاحب الثوب لما حلف على دعوى الخياط فقد صار بقطعه الثوب
لا على الصفة الماذون فيها متصرفا في ملك غيره بغير اذنه فصار متلفا الثوب
عليه فيضمن قيمته وان شاء رب الثوب اخذ الثوب واعطاه اجر مثله اما
اختيار اخذ الثوب فلانه اتى باصل المعقود عليه مع تغيير الصفة فكان
لصاحب الثوب الرضا به واعطاه اجر المثل لا المسمى لانه لم يات بالمامور به

على الوصف الذي أُمر به وطريقة اخرى لبعض مشايخنا ان منفعة
القباء والقميص متقاربة لانه يمكن ان ينتفع بالقباء انتفاع القميص بان يشد
وسطه وازراره وانما تفوت بعض الاغراض فقد وجد المعقود عليه مع
العيب فيستحق الاجر حتى قالوا لو قطعه سراويل لا تجب له الاجرة لاختلاف
منفعة القباء والسراويل فلم يات بالمعقود عليه راسا قال القدوري والروا — ية
بخلاف هذا فان هشاما روى عن محمد في رجل دفع م شبها ليضربه لهشتا — م الى رجل م
موصوفا معروفا فضربه كوزا ان صاحبه بالخيار ان شاء ضمنه مثل شبهه
والكوز للعامل وان شاء اخذ واعطاه اجر مثله لا يجاوز به ما سمى ففي
السراويل يجب ان يكون كذلك ووجهه ما مر ان العقد وقع على الضرب
والصناعة صفة فيه فقد وافق في اصل المعقود عليه وخالف في الصفة
فيثبت للمستعمل الخيار وروى ابن سماعة وبشر عن ابي يوسف في رجل امر رجلا
ان ينزع له ضرسا متاكلا فنزع ضرسا متاكلا فقال الآمر امرتك بغير هذا
بهذا الاجر وقال المامور بل امرتني بالذي نزعت فان ابا حنيفة قال في ذلك
القول قول الآمر مع يمينه لما بينا ان الامر يستفاد من قبله خاصة فكان
القول في المامور به قوله وذكر في الاصل في رجل دفع الى صباغ ثوبا ليصبغه
احمر فصبغه احمر على ما وصفه له بالعصفر ثم اختلفا في الاجرة فقال
الصباغ عملته بدرهم وقال رب الثوب بدانقين فان قامت لهما بينة
اخذت ببينة الصباغ وان لم يقم لهما بينة فاني انظر الى ما زاد العصفر
في قيمة الثوب فان كان درهما او اكثر اعطيته درهما بعد ان يحلف الصباغ ما
صبغته بدانقين وان كان ما زاد في الثوب من العصفر اقل من دانقين اعطيته
دانقين بعد ان يحلف صاحب الثوب ما صبغته الا بدانقين اما اذا قامت
لهما بينة فلان بينة الصباغ تثبت زيادة اجر فكانت اولى بالقبول
واما اذا لم تقم لهما بينة فلان ما زاد العصفر في قيمة الثوب اذا كان درهما
او اكثر كان الظاهر شاهدا للصباغ الا انه لا يزاد على درهم لانه رضي بسقوط
الزيادة واذا كان ما زاد العصفر دانقين كان الظاهر شاهدا لرب الثوب الا
انه لا ينقص من دانقين لانه رضي بذلك وان كان يزيد في الثوب نصف
درهم قال اعطيت الصباغ ذلك بعد ان يحلف ما صبغته بدانقين لما ذكرنا
ان الدعوى اذا سقطت للتعارض يحكم الصبغ فوجب قيمة الصبغ وهذا بخلاف
القصار مع رب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجرة ولا بينة لهما ان القول

قول رب الثوب مع يمينه لانه ليس في الثوب عين مال قايم للقصار فلم يوجد
ما يصلح حكما فيرجع الي قول صاحب الثوب لان القصار يدعي عليه زيادة ضمان
وهو منكر فكان القول قوله مع يمينه وكذلك كل صبغ له قيمة فان كان الصبغ
اسود فالقول قول رب الثوب مع يمينه علي اصل ابي حنيفة ان السواد نقصان
عنده وكذلك كل صبغ ينقص الثوب لانه تعذر القضا بالدعوى للتعارض
ولا سبيل الي الرجوع الي قيمة الصبغ لانه لا قيمة له فيرجع الي قول المستحق عليه
ولو اختلف الصباغ ورب الثوب فقال صاحب الثوب امرتك بالعصفر وقال
الصباغ بالزعفران فالقول قول رب الثوب في قولهم جميعا لان الاذن يستفاد
من قبله ومن هذا النوع ما اذا امر المستعمل الصانع بالزيادة من عنده ثم اختلفا
قال في الاصل في رجل دفع الي حايك غزلا لينسجه ثوبا وامره ان يزيد في الغزل
رطلا من عنده مثل غزله علي ان يعطيه ثمن الغزل واجرة الثوب دراهم مسماة
فاختلفا بعد الفراغ من الثوب فقال الحايك قد زدت وقال رب الثوب لم تزد
فالقول قول رب الثوب مع يمينه علي علمه لان الصانع يدعي علي صاحب الثوب
الضمان وهو ينكر فكان القول قول المنكر مع يمينه علي علمه لانه يمين علي فعل
الغير فان حلف برى وان نكل عن اليمين لزمه مثل الغزل لان النكول حجة يقضي
بها في هذا الباب فان اقام الصانع بينة قبلت بينته ولو اتفقا ان غزل
المستعمل كان منا وقال الصانع قد زدت فيه رطلا فوزن الثوب فوجد
زايدا علي ما دفع اليه زيادة لا يعلم ان مثلها يكون من الدقيق وادعي رب الثوب
ان الزيادة من الدقيق فالقول قول الصانع لان رب الثوب يدعي خلاف
الظاهر وان كان الثوب مستهلكا قبل ان يعلم وزنه ولم يقر المستعمل ان وزنه ما
قال الصانع فالقول قول رب الثوب لان الصانع يدعي عليه الضمان ولا ظاهر يشهد
له هاهنا فلم يقبل قوله وقال هشام عن محمد في رجل دفع الي صانع عشرة دراهم
فضة وقال زد عليها درهمين قرضا علي فصغه قلبا واجرك درهم فصاغه
وجا به محشوا فاختلفا فقال الصايغ قد زدت عليه درهمين وقال رب القلب
لم تزد شيا قال محمد يتحالفان ثم الصايغ بالخيار ان شا دفع اليه القلب واخذ
منه اجرة خمسة دوانيق وان شا دفع اليه عشرة دراهم فضة واخذ القلب
اما التحالف فلان الصايغ يدعي علي صاحب القلب القرض وهو ينكر فيستحلف
وصاحب القلب يدعي علي الصايغ استحقاق القلب بغير شي وهو ينكر فيستحلف
واذا بطل دعوى الصايغ في القلب علم ان الوزن عشرة وانما بذل صاحب القلب

للصايغ درهما لصياغته اثني عشر درهما فاذا لم تثبت الزيادة لزمه
للعشرة خمسة دوانيق وانما كان للصايغ ان يحبس القلب ويعطي صاحب
القلب مثل فضته لان عنده ان الزيادة ثابتة وانه يتضرر ببطلان حقه
عنها من غير عوض للقرض فلا يجوز استحقاقها بغير رضاه ولا ضرر علي صاحب
القلب لانه وصل اليه مثل حقه قال ابن سماعة عن محمد في رجل دفع الي
نداف ثوبا وقطنا يندف عليه وامره ان يزيد من عنده ما راي ثم ان صاحب
الثوب اتاه وقد ندف علي الثوب عشرين استارا من قطن فاختلفا فقال
صاحب الثوب دفعت اليك خمسة عشر استارا من قطن وامرتك ان تزيد
عليه عشرة وتنقص ان رايت فلم تزد الا خمسة اساتير وقال النداف
دفعت الي عشرة وامرتني ان ازيد عشرة وزدتها فالقول قول النداف
وعلي صاحب الثوب ان يدفع اليه عشرة اساتير من قطن كما ادعي لان صاحب
الثوب لا يدعي علي النداف مخالفة ما امره وانما يدعي انه دفع اليه خمسة
عشر استارا وكان القول قول النداف في مقداره فتبقي العشرة زيادة
فيضمنها صاحب الثوب وان قال صاحب الثوب دفعت اليك خمسة عشر
وامرتك ان تزيد عليه خمسة عشر وقال النداف دفعت الي عشرة
وامرتني ان ازيد عليه عشرة فزدت عليه عشرة فصاحب الثوب في
هذا بالخيار ان شا صدقه ودفع اليه عشرة اساتير واخذ ثوبه وان شا
اخذ قيمة ثوبه ومثل عشرة اساتير قطن وكان الثوب للنداف لان
النداف يزعم انه فعل ما يزعم امره به وصاحب الثوب يدعي الخلاف وكان
القول قوله فيما امره به والقول قول النداف في مقدار ما قبض
وقال بشر عن ابي يوسف في رجل اعطي رجلا ثوبا ليقطعه قبا محشوا
ودفع اليه البطانة والقطن فقطعه وخاطه وحشاه واتفقا علي
العمل والاجر وان الثوب ثوب رب الثوب والقطن قطنه غير ان
رب الثوب قال البطانة ليست بطانتي فان القول في ذلك قول الخياط
مع يمينه البتة ان هذه بطانته ويلزم رب الثوب ويسع رب الثوب
ان ياخذ البطانة فيلبسها لان البطانة امانة في يد الخياط فكان القول
قوله فيها ثم ان كانت بطانة صاحب الثوب حل له لبسها وان كانت غيرها
فقد رضي الخياط بدفعها اليه بدل بطانته فحل له لبسها وروي بشر
وابن سماعة عن ابي يوسف فيمن اعطي حمالا متاعا ليحمله من موضع الي موضع

باجر معلوم فحمله ثم اختلفا فقال رب المتاع ليس هذا متاعي وقال الحمال
هو متاعك فالقول قول الحمال مع يمينه ولا ضمان عليه ولا يكون على الآمر
الاجر الا ان يصدقه وياخذه لان المتاع امانة في يد الحمال فكان القول
قوله ولا يلزم صاحب المتاع الاجر لانه لم يعترف باستيفا المنافع فان
صدقه فقد رجع عن قوله فوجب عليه الاجر قال والنوع الواحد والنوعان
سوا الا انه في النوع الواحد افحش واقبح يريد بهذا لو حمله طعاما او
زيتا فقال الاجير هذا طعامك بعينه وقال رب الطعام كان طعامي اجود
من هذا فان هذا افحش ان يكون القول فيه قول رب الطعام ويبطل
الاجر ويحسن ان يكون القول قول الحمال ويأخذ الاجر ان كان قد حمله
فاما اذا كانا نوعين مختلفين بان جا بشعير وقال رب الطعام كان
طعامي حنطة فلا اجر للحمال حتى يصدقه وياخذه وانما قال يقبح في
الجنس الواحد لان عند اتحاد الجنس يملك صاحب الطعام ان ياخذ المتيقن *الشعير*
عوضا عن طعامه لان الحمال قد بذل له ذلك فاذا حصل له العوض سلمت
اليه المنفعة فاما في النوعين فلا يسعه ان ياخذ النوع الاخر عوضا عن طعامه
الا بالتراضي بالبيع فما لم يصدقه لا يستحق عليه الاجر ولو اختلف الصانع
والمستاجر في اصل الاجر كالنساج والخفاف والصباغ فقال رب
الثوب والخف عملته لي بغير شرط وقال الصانع لا بل عملته باجرة
درهم او اختلف رب الدار مع المستاجر فقال رب الدار اجرتها منك
بدرهم وقال الساكن بل سكنتها عارية فالقول قول صاحب الخف
والثوب وساكن الدار في قول ابي حنيفة مع يمينه ولا اجر عليه وقال
ابو يوسف ان كان الرجل حريفه فعليه الاجر والا فلا وقال محمد
ان كان الرجل انتصب للعمل فالقول قوله وان لم يكن انتصب للعمل فالقول
قول صاحبه وعلى هذا الخلاف اذا اتفقا على انهما لم يشترطا الاجر
لكن الصانع قال اني انما عملت بالاجر وقال رب الثوب ما شرطت لك
شيا فلا تستحق شيا وجه قولهما اعتبار العرف والعادة فان انتصابه *لذلك م*
للعمل وفتح الدكان دليل على انه لا يعمل الا بالاجرة وكذا اذا كان حريفه
فكان العقد موجودا دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا ولابي حنيفة
رحمه الله ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بالعقد ولم يوجد اما اذا اتفقا
على انهما لم يشترطا الاجر فظاهر وكذا اذا اختلفا في الشرط لان العقد لا

يثبت مع الاختلاف للتعارض فلا تجب الاجرة ثم ان كان في المصنوع عين
قايمة للصانع كالصبغ الذي يزيد والنعل يغرم رب الثوب والخف
للصانع ما زاد الصبغ والنعل فيه لا يجاوز به درهما والا فلا والله اعلم

فصل واما بيان ما ينتهي به عقد الاجارة فعقد الاجارة ينتهي باشيا
منها الاقالة لانه معاوضة المال بالمال فكان محتملا للاقالة كالبيع ومنها
موت من وقع له الاجارة الا لعذر عندنا وعند الشافعي لا تبطل بالموت
كبيع العين والكلام فيه بنا على اصل ذكرناه في كيفية انعقاد هذا العقد
وهو ان الاجارة عندنا تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث
المنافع شيا فشيا واذا كان كذلك فما يحدث من المنافع في يد الوارث *رث اذا الوارث*
لم يملكها المورث لعدمها والملك صفة الموجود لا المعدوم فلا يملكها الوا
انما يملك ما كان على ملك المورث فما لا يملكه يستحيل وراثته بخلاف بيع
العين لان العين مال قايم بنفسه ملكه المورث الى وقت الموت فجاز ان
ينتقل منه الى الوارث ولان المنافع لا تملك الا بالعقد وما يحدث منها
في يد الوارث لم يعقد عليه راسا لانها كانت معدومة حال حياة المورث *م م والوارث لم يعقد عليها فلا يثبت الملك فيها للوارث صح*
وعند الشافعي منافع المدة تجعل موجودة للحال كانها اعيان قايمة
فاشبه بيع العين والبيع لا يبطل بموت احد المتبايعين كذا الاجارة
وعلى هذا يخرج ما اذا اجر رجلان رجلا دارا من رجل ثم مات احد
المواجرين ان الاجارة تبطل في نصيبه عندنا وتبقى في نصيب الحي
على حالها لان هذا شيوع طاري وانه لا يوثر في العقد في الرواية المشهورة
لما بينا فيما تقدم وكذلك لو استاجر رجلان من رجل دارا فمات احد
المستاجرين فان رضي الوارث بالبقا على العقد ورضي العاقد ايضا جاز
ويكون بمنزلة عقد مبتدأ ولو مات الوكيل بالعقد لا تبطل الاجارة
لان العقد لم يقع له وانما هو عاقد وكذا لو مات اب الصبي في استيجار *م وكذا لو مات الاب او الوصي لما قلنا صح*
الظير لا تنتقض الاجارة لان الاجارة وقعت للصبي والظير وهما
قايمان ولو ماتت الظير انتقضت الاجارة وكذا اذا مات الصبي لان كل
واحد منهما معقود له والاصل ان الاجارة تبطل بموت المعقود له ولا تبطل
بموت العاقد وانما كان كذلك لان استيفا العقد بعد موت من وقع له *م لو صح العقد يقع بغير موجب تغيير العقد لان من وقع له صح*
ان كان هو المواجر فالعقد يقتضي استيفا المنافع من ملكه ولو بقيناه بعد
موته لاستوفيت المنافع من ملك غيره وهذا خلاف مقتضى العقد

وان كان هو المستاجر فالعقد يقتضي استحقاق الاجرة من ماله ولو بقينا العقد
بعد موته لاستحقت الاجرة من مال غيره وهذا خلاف موجب العقد بخلاف
ما اذا مات من لم يقع العقد له كالوكيل ونحوه لان العاقد منه لا يقع مقتضي
استحقاق المنافع ولا استحقاق الاجرة من ملكه فابقا العقد بعد موته
لا يوجب تغير موجب العقد وكذلك الولي في الوقف اذا عقد ثم مات
لا تنتقض الاجارة لان العقد لم يقع له فموته لا يغير حكمه ولو استاجر
دابة الي مكة فمات المواجر في بعض المفازة فله ان يركب عليها او يحمل
عليها الي مكة او الي اقرب المواضع من المصر لان الحكم ببطلان الاجارة ها هنا
يودي الي الضرر بالمستاجر لما فيه من تعريض ماله م وتفسه للتلف فجعل
ذلك عذرا في بقا الاجارة هذا معني قولهم ان الاجارة كما تفسخ بالعذر م تبقي بالعذر م
وكذا لو اقيم اكتري ابلا الي مكه ذاهبا وجاييا فمات الجمال في بعض الطريق
فللمستاجر ان يركبها الي مكة او يحمل عليها وعليه المسمي لان الحكم بانفساخ
الاجارة بالطريق الحاق الضرر بالمستاجر لانه لا يجد ما يحمله ويحمل قماشه
والحاق الضرر بالورثة اذا كانوا غيبا لان المنافع تفوت من غير عوض
وكان في استيفا العقد نظر من الجانبين فاذا وصل الي مكة رفع الامر
الي الحاكم لانه لا ضرر عليه في فسخ الاجارة عند ذلك لانه يقدر علي ان
يستاجر من جمال اخر ثم ينظر الحاكم في الاصلح فان راي بيع الجمال
وحفظ الثمن اصلح للورثة فعل ذلك وان راي امضا الاجارة الي الكوفة
اصلح فعل ذلك لانه نصب ناظرا محتاطا وقد يكون احد الامرين احوط
فيختار ذلك قالوا والافضل ان كان المستاجر ثقة ان يمضي القاضي
الاجارة والافضل اذا كان غير ثقة ان يفسخها فان فسخها وقد كان
المستاجر عجل الاجرة سمع القاضي بينته عليها وقضاه من ثمنها لان
الاجارة اذا انفسخت فللمستاجر امساك العين حتي يستوفي جميع الاجرة
وقام القاضي مقام الغايب فينصب له خصما ويسمع عليه البينة ولو مات
احد ممن وقع له العقد قبل انقضا المدة وفي الارض المستاجرة زرع لم
يستحصد يترك ذلك في الارض الي ان يستحصد ويكون علي المستاجر
او علي ورثته ما سمي من الاجر لان في الحكم بالانفساخ وقلع الزرع ضررا
بالمستاجر وفي الابقا من غير عوض ضررا بالوارث ويمكن توفير الحقين
من غير ضرر بابقا الزرع الي ان يستحصد بالاجر فيجب القول به وانما وجب

المسمي

المسمي استحسانا والقياس ان يجب اجر المثل لان العقد انفسخ حقيقة وانما م بالموت م
بقيناه حكما فاشبه شبهة العقد واستيفا المنافع بشبهة العقد توجب
اجر المثل كما لو استوفاها بعد انقضا المدة وجه الاستحسان ان التسمية
تناولت هذه المدة فاذا مست الضرورة الي الترك بعوض كان ايجاب العوض
المسمي اولي لوقوع التراضي به بخلاف الترك بعد انقضا المدة لان التسمية لم
تتناول ما بعد انقضا المدة فتعذر ايجاب المسمي فوجب اجر المثل ومنها
هلاك المستاجر والمستاجر فيه لوقوع الياس عن استيفا المعقود عليه
بعد هلاكه فلم يكن في بقا العقد فايدة حتي لو كان المستاجر عبدا او حليا
او ثوبا او ظرفا او دابة معينة فهلك او هلك الثوب المستاجر فيه للخياطة
او القصارة بطلت الاجارة لما قلنا وان كانت الاجارة علي دواب بغير
اعيانها فسلم اليه دوابا فقبضها فماتت لا تبطل الاجارة وعلي المواجر
ان ياتيه بغير ذلك لانه هلك ما لم يقع عليه العقد لان الدابة اذا لم
تكن معينة فالعقد يقع علي منافع في الذمة وانما سلم العين ليقيم منافعها
مقام ما في ذمته فاذا هلك بقي ما في الذمة بحاله وكان عليه ان يعين
غيرها وقد ذكرنا اختلاف اشارة الروايات في الدار اذا انهدم كلها او
انقطع الما من الرحا او الشرب من الارض ان الاجارة تنفسخ او يثبت
حق الفسخ فيما تقدم وعلي هذا ايضا يخرج موت الظير ان الاجارة تبطل
به لانها مستاجرة ومنها انقضا المدة الا لعذر لان الثابت الي غاية ينتهي
عند وجود الغاية فتنفسخ الاجارة بانتها المدة الا اذا كان ثمة عذر
بان انقضت المدة وفي الارض زرع لم يستحصد فانه يترك الي ان يستحصد
باجر المثل بخلاف ما اذا انقضت المدة وفي الارض رطبة او غرس انه
يومر بالقلع لان في ترك الزرع الي ان يدرك مراعاة الحقين والنظر من
الجانبين لان لقطعه غاية معلومة فاما الرطبة فليس لقطعها غاية
معلومة فلو لم يقطع لتعطلت الارض علي صاحبها فيتضرر به وبخلاف
الغاصب اذا زرع الارض المغصوبة انه يومر م ولا يترك الي وقت الحصاد م بالقلع م
باجر لان الترك في الاجارة لدفع الضرر عن المستاجر نظرا له وهو مستحق
للنظر لانه زرع باذن المالك فاما الغاصب فظالم متعدي في الزرع فلا
يستحق النظر بالترك معما انه هو الذي اضر بنفسه حيث زرع ارض
غيره بغير حق وكان مضافا اليه ومنها عجز المكاتب بعد ما استاجر

شيا انه يوجب بطلان الاجارة بلا خلاف لان الاجرة استحقت من كسب المكاتب
وبالعجز يبطل كسبه فتبطل الاجارة اذ لا سبيل الى ايجابها من مال المولى فان
عجز بعد ما استاجر شيا فالاجارة باقية في قول ابي يوسف وقال
محمد تبطل والكلام فيه راجع الى اصل ذكرناه في كتاب الهبة في كيفية
ملك المولى كسب المكاتب عند عجزه ان عند ابي يوسف كسب
المكاتب موقوف ملكه في الحقيقة على عجزه او عتقه فان عجز ملك المولى
من الاصل وان عتق ملكه المكاتب من الاصل وعند محمد هو ملك المكاتب
ثم اذا عجز انتقل الى المولى كما ينتقل الملك من الميت الى وارثه م ووجه
البنا على هذا الاصل ان عند ابي يوسف لما وقع الملك للمولى في الكسب
من حين وجوده صار كان الاجارة وجدت من المولى فلا تنتقض بعجز
المكاتب ولما كان الملك للمولى فيه من طريق الانتقال من المكاتب عند عجزه م
وذلك يوجب انتقاض الاجارة كان هذا واصل هذه المسئلة في المكاتب
اذا وهبت له هبة ثم عجز ان للواهب ان يرجع في قول ابي يوسف وعند
محمد لا يرجع وقد ذكرناه في كتاب الهبة والله الموفق **باب**
الاستصناع يحتاج الى معرفة مسايل هذا الكتاب
الى بيان صورة الاستصناع ومعناه والى بيان جوازه والى بيان شرايطه والى
بيان حكمه والى بيان صفته م اما بيان صورة الاستصناع فهي ان يقول
انسان لصانع من خفاف او صفار او غيرهما اعمل لي خفا او انية من اديم او
نحاس من عندك بثمن كذا ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته فيقول
الصانع نعم واما معناه فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هو مواعدة وليس
ببيع وقال بعضهم هو بيع لكن للمشتري فيه خيار وهو الصحيح بدليل ان
محمدا رحمه الله ذكر في جوازه القياس والاستحسان وذلك لا يكون
في العدات وكذا يثبت فيه خيار الروية وانه يختص بالبياعات وكذا
يجري فيه التقاضي وانما يتقاضى الواجب لا الموعود ثم اختلفت
عباراتهم عن هذا النوع من البيع قال بعضهم هو عقد على مبيع في الذمة م شرط
فيه العمل وجه القول الاول ان الصانع لو احضر عينا كان عملها
قبل العقد ورضي به المستصنع جاز ولو كان شرط العمل في نفس العقد
لما جاز لان الشرط يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي والصحيح هو القول
الاخير لان الاستصناع طلب الصنع فما لم يشترط العمل لا يكون استصناعا

فيه

وكان

م بالموت م

م على اصل محمد صار بمنزلة انتقال الملك من الميت الى ورثته عند عجزه م

م فصل

م قال بعضهم هو عقد على مبيع في الذمة م

فكان ماخذ الاسم دليلا عليه ولان العقد على مبيع في الذمة يسمى سلما وهذا
العقد يسمى استصناعا واختلاف الاسامي دليل اختلاف المعاني في الاصل
واما اذا اتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضي به المستصنع فانما جاز
لا بالعقد الاول لكن بعقد اخر وهو التعاطي بتراضيهما **فصل** واما
جوازه فالقياس ان لا يجوز لانه بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم ويجوز
استحسانا باجماع الناس على ذلك لانهم يعملون ذلك في ساير الاعصار من غير
نكير ~~وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في~~
~~السلم~~ وقد قال عليه السلام لا تجتمع امتي على ضلالة وقال ما راه المسلمون
حسنا فهو عند الله حسن وما راه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح م ولهذا
ترك القياس في دخول الحمام بالاجر من غير بيان المدة ومقدار الما الذي
يستعمل وفي قطعة الشارب للسقا من غير بيان قدر المشروب وفي شراك
النعل وهذه المحقرات كذا هذا ولان الحاجة تدعوا اليه لان الانسان قد
يحتاج الى خف او نعل من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص
وصفة مخصوصة وقل ما يتفق وجوده مصنوعا فيحتاج الى ان يستصنع
فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج وقد خرج الجواب عن قوله انه معدوم
لانه م الحق بالموجود لمساس الحاجة اليه كالمسلم فيه فلم يكن بيع ما ليس عند الانسان
على الاطلاق ولان فيه معنى عقدين جايزين وهو السلم والاجارة لان
السلم عقد على مبيع في الذمة واستيجار الصناع يشترط فيه العمل وما
اشتمل على معنى عقدين جايزين كان جايزا **فصل** واما شرايط جوازه
فمنها بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته لانه لا يصير معلوما
بدونه ومنها ان يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس من اواني الحديد
والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال ولجم الحديد للدواب
ونصول السيوف والسكاكين والقسي والنبل والسلاح كله والطشت
والقمقمة ونحو ذلك ولا يجوز في الثياب لان القياس يابا ذلك وانما جوزنا
استحسانا لتعامل الناس ولا تعامل في الثياب ومنها ان لا يكون فيه اجل
فان ضرب للاستصناع اجلا صار سلما حتى يعتبر فيه شرايط السلم وهو
قبض البدل في المجلس ولا خيار لواحد منهما اذا سلم الصانع المصنوع على
الوجه الذي عليه كما في السلم وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هذا
ليس بشرط وهو استصناع على كل حال ضرب فيه اجلا او لم يضرب ولو

م لا على وجه السلم وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان م

م والقياس يترك بالاجماع م

م الحق م

جوازه م

ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع ونحوها اجلا ينقلب سلما
في قولهم جميعا وجه قولهما ان العادة جارية بضرب الاجل في الاستصناع
وانما يقصد به تعجيل العمل لا تاخير المطالبة فلا يخرج عن كونه استصناعا
او يقال قد يقصد بضرب الاجل فيه تعجيل العمل فتعين ان يكون لتاخير
المطالبة بالدين وذلك بالسلم ولابي حنيفة انه اذا ضرب فيه اجلا
فقد اتى بمعنى السلم اذ هو عقد على مبيع في الذمة موجلا والعبرة في العقود
لمعانيها لا لصور الالفاظ الا ترى ان البيع ينعقد بلفظ التمليك وكذا الاجارة
وكذا النكاح على اصلنا ولهذا صار سلما فيما لا يحتمل الاستصناع كذا هذا
ولان التاجيل يختص بالديون لانه وضع لتاخير المطالبة وتاخير المطالبة
انما يكون في عقد فيه مطالبة وليس ذلك الا السلم اذ لا دين في الاستصناع
الا ترى ان لكل واحد منهما خيار الامتناع من العمل قبل العمل بالاتفاق
ثم اذا صار سلما يراعى فيه شرائط السلم فان وجدت صح والا فلا
فصل واما حكم الاستصناع فهو ثبوت الملك للمستصنع في
العين المبيعة في الذمة وثبوت الملك للصانع في الثمن ملكا غير لازم على
ما سنذكره فصل واما صفة الاستصناع فهي انه عقد غير لازم قبل
العمل في الجانبين جميعا بلا خلاف حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع
قبل العمل كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين ان لكل واحد منهما الفسخ
لان القياس يقتضي ان لا يجوز لما قلنا وانما عرفنا جوازه استحسانا لتعامل الناس
فبقي اللزوم على اصل القياس واما بعد الفراغ من العمل قبل ان يراه
المستصنع فكذلك حتى كان للصانع ان يبيعه ممن شاء كذا ذكر في الاصل
لان العقد ما وقع على عين المعمول بل على مثله في الذمة لما ذكرنا انه لو اشترى
من مكان آخر وسلم اليه جاز ولو باعه الصانع واراد المستصنع ان
ينقض البيع ليس له ذلك ولو استهلكه قبل الرؤية فهو كالبائع اذا
استهلك المبيع قبل التسليم كذا قال ابو يوسف فاما اذا احضر
الصانع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار الصانع وللمستصنع
الخيار لان الصانع بائع ما لم يره فلا خيار له واما المستصنع فمشتري
ما لم يره فكان له الخيار وانما كان كذلك لان المعقود عليه وان كان معدوما
حقيقة فقد الحق بالموجود ليمكن القول بجواز العقد ولان الخيار كان
ثابتا لهما قبل الاحضار لما ذكرنا ان العقد غير لازم فالصانع بالاحضار اسقط

خيار

كالثياب م

بضرب الاجل تاخير المطالبة وقد يقصد به تعجيل العمل فلا يخرج العقد عن موضوعه مع الشك والاحتمال بخلاف ما لا يحتمل الاستصناع لان ما لا يحتمل الاستصناع لا يقصد م

صحيح

خيار نفسه فبقي خيار صاحبه على حاله كالبيع الذي شرط فيه الخيار للعاقدين
اذا اسقط احدهما خياره انه يبقى خيار الآخر كذا هذا هذا جواب ظاهر
الرواية عن ابي يوسف وابي حنيفة رحمهما الله وروي عن ابي حنيفة ان لكل
واحد منهما الخيار وروي عن ابي يوسف انه لا خيار لهما جميعا وجه
رواية ابي يوسف ان الصانع قد افسد متاعه وقطع جلده وجاء
بالعمل على الصفة المشروطة اولا فلم يكن الامتناع منه اضرارا بصاحبه
فيثبت الخيار وجه رواية ابي حنيفة ان في تخيير كل واحد منهما دفع الضرر
عنه وانه واجب والصحيح جواب ظاهر الرواية لان في اثبات الخيار للصانع
ابطال ما شرع له الاستصناع وهو دفع حاجة المستصنع لانه متى ثبت
الخيار للصانع فكل ما فرغ عنه يبيعه من غير المستصنع فلا تندفع حاجة
المستصنع وقول ابي يوسف ان الصانع يتضرر باثبات الخيار للمستصنع
مسلم ولكن ضرر المستصنع بابطال الخيار فوق ضرر الصانع باثبات الخيار
للمستصنع لان المصنوع اذا لم يلائمه وطولب بثمنه لا يمكنه بيع المصنوع من غيره
بقيمة مثله ولا يتعذر ذلك على الصانع لكثرة ممارسته وانتصابه لذلك
ولان المستصنع اذا غرم ثمنه ولم تندفع حاجته لم يحصل ما شرع له الاستصناع
وهو اندفاع حاجته فلا بد من اثبات الخيار له والله الموفق فان سلم
الى حداد حديدا ليعمل له اناء معلوما باجر معلوم فذلك جائز ولا خيار له لان هذا
ليس باستصناع بل هو استئجار فكان جائزا فان عمل كما امر استحق الاجر
فان افسد فله ان يضمنه حديدا مثله لانه لما افسد فكانه اخذ حديدا
له واتخذ منه آنية من غير اذنه والاناء للصانع لان المضمونات تملك
بالضمان والله اعلم كتاب الشركة الشركة في
الاصل نوعان شركة الاملاك وشركة العقود فشركة الاملاك نوعان
نوع يثبت بفعل الشريكين ونوع يثبت بغير فعلهما اما الذي يثبت بفعلهما
فنحو ان يشتريا شيئا او يوهب لهما او يوصى لهما او يتصدق عليهما فيقبلا
فيصير المشترى والموهوب والموصى به والمتصدق به مشتركا بينهما شركة
ملك واما الذي يثبت بغير فعلهما فالميراث بان ورثا شيئا فيكون الموروث
مشتركا بينهما شركة ملك واما شركة العقود فالكلام فيها يقع في
مواضع في بيان انواعها وكيفية كل نوع منها وفي ركنه وفي بيان شرائط ركنه
وفي بيان حكم الشركة وفي بيان صفة عقد الشركة وفي بيان ما يبطل العقد

فلو كان للمستصنع الامتناع من اخذه لكان فيه اضرار بالصانع بخلاف ما اذا قطع الجلد ولم يعمل فقال المستصنع لا اريد لانا لا ندري ان العمل يقع على الصفة المشروطة م

او جلدا الى خفاف ليعمل له خفا معلوما باجر معلوم م

بخ

شركة العقود انواع ثلثة

اما الاول فشركة العقود انواع ثلاثة شركة بالاموال وشركة بالاعمال
وتسمي شركة الابدان وشركة الصنايع وشركة التقبل وشركة بالوجوه
اما الاول وهو الشركة بالاموال فهو ان يشترك اثنان في راس مال فيقولان
اشتركنا فيه علي ان نشتري ونبيع معًا او شتي او اطلقا علي ان ما رزق الله تعالي
من ربح فهو بيننا علي شرط كذا او يقول احدهما ذلك ويقول الاخر
نعم ولو ذكر الشرا دون البيع فان ذكر ما يدل علي شركة العقود بان قالا ما
اشترينا فهو بيننا او ما اشترى احدنا من تجارة فهو بيننا يكون شركة لانهما
لما جعلا ما اشتراه كل واحد منهما بينهما علم انهما ارادا به الشركة لا الوكالة
لان الوكيل لا يوكل موكله عادة واذا لم يكن وكالة لا تقف صحته علي ما تقف عليه
صحة الوكالة وهو التخصيص ببيان الجنس او النوع او قدر الثمن بل يصح من
غير بيان شي من ذلك وان لم يذكر الشرا ولا البيع ولا ما يدل علي شركة
العقود بان قال رجل لغيره ما اشتريت من شي فهو بيني وبينك او قال
بيننا وقال الاخر نعم فان ارادا بذلك ان يكونا بمعني شريكي التجارة كان شركة
حتي يصح من غير بيان جنس المشترا ونوعه وقدر الثمن كما اذا نصا علي الشرا
والبيع وان ارادا به ان يكون المشترا بينهما خاصة بعينه ولا يكونا فيه كشريكي
التجارة بل يكون المشترا بينهما بعينه كما اذا ورثا او وهب لهما كان وكالة لا شركة
فان وجد شرط صحة الوكالة جازت الوكالة والا فلا وهو بيان جنس المشترا
وبيان نوعه او مقدار الثمن في الوكالة الخاصة وهي ان لا يفوض الموكل الراي
الي الوكيل بان يقول ما اشتريت لي من عبد تركي او جارية رومية فهو جايز
او ما اشتريت لي من عبد او جارية بالف درهم فهو جايز او بيان الوقت او قدر
الثمن او جنس المشترا في الوكالة العامة بان يقول ما اشتريت لي من شي اليوم
او شهر كذا او سنة كذا فهو جايز او ما اشتريت لي من شي بالف درهم فهو جايز
او ما اشتريت لي من الخز او البز فهو جايز وانما كان كذلك لان مطلق هذا
اللفظ يحتمل الشركة ويحتمل الوكالة فلا بد من النية فان نويا به الشركة كان شركة
في عموم التجارات لان الاصل في الشركة العموم لان المقصود منها تحصيل الربح
وهذا المقصود لا يحصل الا بتكرار التجارة مرة بعد اخري ولا يشترط لها
بيان شي مما ذكرنا لان ذلك ليس بشرط لصحة الشركة وان نويا به الوكالة كان
وكالة وتقف صحتها علي شرايطها من الخاصة او العامة لان مبني الوكالة علي الخصوص
لان المقصود منها تملك العين لا تحصيل الربح فيها فلا بد فيها من التخصيص

ببيان

ببيان ما ذكرنا الا انه يكتفي في الوكالة العامة ببيان احد الاشيا التي وصفناها
لانه لما عمها بتفويض الراي فيها الي الوكيل فقد شبهها بالشركة فكانت في
احتمال الجهالة الفاحشة كالشركة لكنها وكالة والخصوص اصل في الوكالة فلا بد
فيها من ضرب تخصيص فاذا اتي بشي مما ذكرنا جازت والا بطلت قال بشر سمعت
ابا يوسف يقول في رجل قال لرجل ما اشتريت اليوم من شي فبيني وبينك
نصفان فقال الرجل نعم فان ابا حنيفة قال هذا جايز وكذلك قال ابو يوسف
وكذلك ان وقت مالا ولم يوقت يوما وكذلك ان وقت صنفا من الثياب وسمي
عددا ولم يسم ثمنا ولا يوما وان قال ما اشتريت من شي فهو بيني وبينك
ولم يسم شيا مما ذكرنا فان ابا حنيفة قال لا يجوز وكذلك قال ابو يوسف
لما ذكرنا انه لما لم يذكر ما يدل علي شركة العقود علم انها وكالة فلا تصح الا
بضرب من التخصيص علي ما بينا وذكر محمد في الاصل في رجلين اشتركا بغير
مال علي ان ما اشتريا اليوم فهو بينهما خصا صنفا من الاصناف او عمّا ولم يخصا
فهذا جايز وكذلك لو لم يوقتا للشركة وقتا كان هذا جايز لانهما لما جعلا لانهما
لما جعلا ما يشتريه كل واحد منهما بينهما علم انها شركة وليست بوكالة لان
الوكالة لا تكون من الجانبين عادة واذا كان شركة فالشركة لا تحتاج الي التخصيص
قال وان اشهد احدهما ان ما يشتريه لنفسه بغير محضر من صاحبه فكل ما
اشترا من شي فهو بينهما لان الشركة لما صحت كان كل واحد منهما وكيل الاخر فيما
يشتريه فهو بالاشهاد انه يشتري لنفسه يريد اخراج نفسه من الوكالة بغير
محضر من الموكل فلا يملك ذلك والله اعلم واما الشركة بالاعمال فهي ان يشتركا
في عمل الخياطة او القصارة فيقولان اشتركنا علي ان نعمل فيه علي ان ما رزق الله
تعالي من اجر فهو بيننا علي شرط كذا واما الشركة بالوجوه فهي ان يشتركا وليس
لهما مال لكن لهما وجاهة عند الناس فيقولا اشتركنا علي ان نشتري
بالنسية ونبيع بالنقد علي ان ما رزق الله تعالي من شي فهو بيننا علي شرط كذا
سمي هذا النوع شركة الوجوه لانه لا يباع بالنسية الا الوجيه من الناس
عادة ويحتمل انه سمي بذلك لان كل واحد يواجه صاحبه ينتظران من
يبيعهما بالنسية ويدخل في كل واحد من الانواع الثلاثة ويفصل بينهما بشرايط
تختص بالمفاوضة نذكرها في مواضعها ان شا الله تعالي فصل واما
بيان جواز هذه الانواع الثلاثة فقد قال اصحابنا انها جايزة عنانا كانت او
مفاوضة وقال الشافعي شركة الاعمال والوجوه لا جواز لها اصلا وراسا

الشرا والبيع ولا

م او غيرهما م

م منهما م

م العنان والمفاوضة م

م فيهما

واما شركة الاموال فيجوز فيها العنان ولا تجوز المفاوضة وقال مالك لا اعرف
المفاوضة وقيل في اشتقاق العنان انه ماخوذ من العن يقال عن لي كذا اي
اعترض وظهر قال امرؤ القيس ه فعن لنا سرب كان نعاجه
عذارى دوار في ملاء مذيل ه سمي هذا النوع من الشركة به لانه يقع علي
حسب ما يعن لهما في كل التجارات او في بعضها دون بعض وعند تساوي
المالين او تفاضلهما وقيل ماخوذ من عنان الفارس انه يكون باحدي يديه
وبيده الاخري مطلقة يفعل بها ما شا فسمي هذا النوع من الشركة عنانا لانه
لا يكون الا في بعض الاموال ويتصرف كل واحد منهما في الباقي كيف يشا او
لان كل واحد منهما جعل عنان التصرف في المال المشترك لصاحبه فان اهل
الجاهلية كانوا يتعاطون هذه الشركة قال النابغة
وشاركنا قريشا في تقاها ه وفي احسابها شرك العنان
واما المفاوضة فقد قيل انها المساواة في اللغة قال الشاعر وهو الافوه
العبدي يهدي الامور باهل الراي ما صلحت فان تولت فبالاشرار (الاودي)
تنقاد ه لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا ه
سمي هذا النوع من الشركة مفاوضة لاعتبار المساواة فيها في المال
وفي الربح والتصرف وغير ذلك علي ما نذكر وقيل هو من التفويض لان كل
واحد منهما فوض التصرف الي صاحبه علي كل حال اما شركة الاعمال (م في الكلام ٢)
والوجوه فوجه قول الشافعي ان الشركة تنبي عن الاختلاط ولهذا شرط
الخلط لجواز الشركة ولا يقع الاختلاط الا في الاموال ولان ما وضع له الشركة
لا يتحقق في هذين النوعين لانها شرعت لاستنما المال بالتجارة لان نما
المال بالتجارة والناس في الاهتدا الي التجارة مختلفون بعضهم اهدي من
بعض فشرعت الشركة لتحصيل غرض الاستنما ولا بد من اصل يستنمي
ولم يوجد في هذين النوعين فلا يحصل ما وضع له الشركة فلا يجوز
ولنا ان الناس يتعاملون بهذين النوعين في ساير الاعصار من غير
انكار عليهم من احد وقال صلى الله عليه وسلم لا تجتمع امتي علي ضلالة ولانهما (م النبي ٢)
يشتملان علي الوكالة والوكالة جايزة والمشتمل علي الجايز جايز اما قوله
ان الشركة شرعت لاستنما المال فيستدعي اصلا يستنمي فنقول
الشركة بالاموال شرعت لتنمية المال فاما الشركة بالاعمال او بالوجوه
فما شرعت لتنمية المال بل لتحصيل اصل المال والحاجة الي تحصيل اصل

المال

شركة العنان جائزة بالاجماع

المال فوقه الحاجة الي تنميته فلما شرعت لتحصيل الوصف فلان تشرع
لتحصيل الاصل اولي واما الكلام في الشركة بالاموال فاما العنان فجايز
باجماع فقها الامصار ولتعامل الناس ذلك في كل عصر من غير نكير وما
راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولما روي ان اسامة بن شريك جا
الي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اتعرفني فقال وكيف لا اعرفك وكنت
شريكي ونعم الشريك لا تداري ولا تماري وادني ما يستدل به فعله عليه السلام
الجواز وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بهذه الشركة
فقررهم علي ذلك حيث لم ينههم ولم ينكر عليهم والتقرير احد وجوه
السنة ولان هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم الي استنما المال
متحققة وهذا النوع طريق صالح للاستنما فكان مشروعا ولانه يشتمل
علي الوكالة فكان مشروعا والوكالة جايزة واما المفاوضة فاما قول مالك (شركة المفاوضة)
لا اعرف المفاوضة فان عني به لا اعرف معناها فقد بينا معناها في
اللغة عبارة عن المساواة وان عني به لا اعرف جوازها فقد عرفنا رسول (م انها في اللغة ٢)
الله صلى الله عليه وسلم الجواز بقوله تفاوضوا فانه اعظم للبركة ولانها مشتملة
علي امرين جايزين وهما الوكالة والكفالة لان كل واحد منهما جايز حالة
الانفراد كذا حالة الاجتماع ولانها طريق لاستنما المال وتحصيل
الحاجة الي ذلك متحققة فكانت جايزة كالعنان واما الكلام مع الشافعي
فوجه قوله ان المفاوضة تتضمن الكفالة عندكم والكفالة التي تتضمنها
المفاوضة ودليلنا علي الجواز ما ذكرنا مع مالك رحمه الله واما قوله المكفول (م كفالة المجهول وانها غير صحيحة حالة الانفراد فكذا التي تتضمنها المفاوضة م)
له مجهول فنعم لكن هذا النوع من الجهالة عفو في عقد الشركة وان لم يكن
عفوا حالة الانفراد كما في شركة العنان فانها تشتمل علي الوكالة العامة (م م)
وان كان لا يصح هذا التوكيل حالة الانفراد كذا هاهنا وكان المعني في تلك الوكالة (م وكذا المضاربة تتضمن وكالة عامة وانها صحيحة وان كانت الوكالة العامة لا تصح من غير بيان حالة الانفراد ٢)
لا يثبت في هذا العقد مقصودا بل ضمنا للشركة وقد يثبت الشي ضمنا وان
كان لا يثبت قصدا ويشترط للثابت مقصودا ما لا يشترط للثابت ضمنا
وتبعا كعزل الوكيل ونحو ذلك والله اعلم فصل واما بيان شرايط
جواز هذه الانواع فلجوازها شرايط بعضها يعم الانواع كلها وبعضها
يخص البعض دون البعض اما الشرايط العامة فمنها اهلية الوكالة لان
الوكالة لازمة في الكل وهي ان يصير كل واحد منهما وكيل صاحبه في
التصرف بالشرا والبيع وتقبل العمل لان كل واحد منهما اذن لصاحبه بالشرا

والبيع وتقبل العمل لان كل واحد منهما مقتضى عقد الشركة والوكيل هو
المتصرف عن اذن فيشترط فيها اهلية الوكالة وشرائط اهلية الوكالة
تعرف في كتاب الوكالة ومنها ان يكون الربح معلوم القدر فان كان مجهولا
تفسد الشركة لان الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه توجب
فساد العقد كما في باب البيع والاجارة وغيرهما ومنها ان يكون الربح جزءًا
شايعا في الجملة لا معينا فان عينا عشرة او مائة او نحو ذلك كانت الشركة
فاسدة لان العقد يقتضي تحقق الشركة في الربح والتعيين يقطع الشركة
لجواز ان لا يحصل من الربح الا هذا القدر المعين لاحدهما فلا يتحقق
الشركة واما الذي يخص البعض دون البعض فاما الشركة بالاموال م في الربح م
فمن شرائطها ان يكون راس مال الشركة من الاثمان المطلقة وهي التي لا تتعين
بالتعيين في عقود المعاوضات على كل حال وهو الدراهم والدنانير عنانا
كانت الشركة او مفاوضة عند عامة العلماء فلا تصح الشركة في العروض
وقال مالك هذا ليس بشرط وتصح الشركة في العروض والصحيح قول
العامة لان معنى الوكالة من لوازم الشركة والوكالة التي تتضمنها الشركة
لا تصح في العروض وتصح في الدراهم والدنانير فان من قال لغيره بع عرضك
على ان يكون ثمنه بيننا لا يجوز واذا لم تجز الوكالة التي هي من ضرورات
الشركة لم تجز الشركة ولو قال له اشتر من مالك بالف درهم على ان يكون
ما اشتريته بيننا جاز ولان الشركة في العروض تودي الى جهالة الربح عند
القسمة لان راس المال يكون قيمة العروض لا عينها والقيمة مجهولة لانها
تعرف بالحزر والظن فيصير الربح مجهولا فيودي الى المنازعة عند
القسمة و المعنى لا يوجد في الدراهم والدنانير لان راس المال من الدراهم م هذا م
والدنانير عند القسمة عينها فلا يودي الى جهالة الربح ولان النبي صلى الله
عليه وسلم نهى عن ربح ما لم يضمن والشركة في العروض تودي الى ربح
ما لم يضمن لان العروض غير مضمونة بالهلاك فان من اشترى شيئا بعرض
بعينه فهلك العرض قبل التسليم لا يضمن شيئا اخر لان العروض تتعين بالتعيين
فيبطل البيع فاذا لم مضمونة فالشركة فيها تودي الى ربح ما لم يضمن م تكن م
وانه منهي بخلاف الدراهم والدنانير فانها مضمونة بالهلاك لانها لا تتعين
بالتعيين فالشركة فيها لا تودي الى ربح ما لم يضمن بل تكون ربح ما ضمن
والحيلة في جواز الشركة بالعروض وكل ما يتعين بالتعيين ان يبيع كل واحد

منها

منهما نصف ماله بنصف مال صاحبه حتى يصير مال كل واحد منهما نصفين
ويحصل شركة ملك بينهما ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة فيجوز بلا خلاف
ولو كان من احدهما دراهم ومن الاخر عروض فالحيلة في جوازه ان يبيع صاحب
العروض ان يبيع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ويتقابضا ويخلطا
جميعا حتى يصير الدراهم بينهما والعروض بينهما ثم يعقدان عليهما عقد
الشركة فيجوز واما التبر فهل يصلح راس مال الشركة ذكر في كتاب الشركة
وجعله كالعروض وفي كتاب الصرف جعله كالاثمان المطلقة لانه قال فيه
اذا اشتري به فهلك لا ينفسخ العقد والامر فيه موكول الى تعامل الناس
فان كانوا يتعاملون به فحكمه حكم الاثمان المطلقة فتجوز الشركة بها وان لا تجوز الشركة في الفلوس الكاسدة
كانوا لا يتعاملون بها فحكمها حكم العروض فلا تجوز فيها الشركة واما
الفلوس فان كانت كاسدة فلا تجوز الشركة ولا المضاربة بها لانها عروض
وان كانت نافقة فكذلك في الرواية المشهورة عن ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد تجوز والكلام فيها مبني على اصل وهو ان الفلوس الرائجة ليست
اثمانا على كل حال عند ابي حنيفة وابي يوسف لانها تتعين بالتعيين في الجملة
وتصير مبيعا باصطلاح العاقدين حتى جاز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عندهما
واذا لم تكن اثمانا مطلقة لاحتمالها التعيين بالتعيين في الجملة في عقود المعاو ضات
لم تصلح راس المال للشركة كسائر العروض وعند محمد الثمنية لازمة
للفلوس النافقة وكانت من الاثمان المطلقة ولهذا ابى جواز بيع الواحد
بالاثنين منها فتصلح راس مال الشركة كسائر الاثمان المطلقة من الدراهم
والدنانير وروي عن ابي يوسف انه تجوز الشركة بالفلوس ولا تجوز المضاربة
ووجهه ان المانع من جواز المضاربة بها جهالة الربح عند القسمة على
تقدير الكساد لانه لا بد من تعيين راس المال عند القسمة فاذا كسدت
صار راس المال قيمة والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن وهذا المعنى
لا يوجد في الشركة لانهما عند الكساد يأخذان راس المال عددا لا قيمة فكان
الربح معلوما واما الشركة بالمكيلات والموزونات التي ليست باثمان مطلقة الشركة بالمكيلات
والعدديات التي لا تتفاوت فلا تجوز قبل الخلط في قولهم جميعا لانها تتعين
بالتعيين اذا كانت عينا فكانت كالعروض ولان الوكالة التي تتضمنها الشركة فيها
لا تصح قبل الخلط م بع حنطتك على ان يكون ثمنها بيننا لم تجز وسواء كانت م الا ترى انه لو قال للآخر قبل الخلط م
الشركة من جنسين او من جنس واحد واما بعد الخلط فان كانت الشركة من جنسين

مختلفين لا يجوز في قولهم جميعا لان الحنطة اذا خلطت بالشعير خرجت من ان تكون
ثمنا بدليل ان مستهلكها يضمن قيمتها لا مثلها وان كانت من جنس واحد
فكذلك عند ابي يوسف لا تصح وانما تصير شركة ملك وعند محمد تصح الشركة
فيهما بعد الخلط وفايدة الاختلاف تظهر فيما اذا كان المكيل نصفين وعلى

م وشرطا الربح اثلاثا فخلطاه واشترياه فعلى قول ابي يوسف الربح بينهما على قدر المالين نصفين م

قول محمد على ما شرطا فقول ابي يوسف مطرد على الاصل الذي ذكرنا ان
المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ليست اثمانا على كل حال بل تكون
تارة ثمنا وتارة مبيعا لانها تتعين بالتعيين في الجملة فكانت كالفلوس
ووجه التخريج لمحمد ان معنى الوكالة التي تتضمنها الشركة ثابت بعد
الخلط فاشبهت الدراهم والدنانير بخلاف ما قبل الخلط والحيلة

م لان الوكالة التي من مقتضيات الشركة لا تصح فيها قبل الخلط صح

في جواز الشركة بالمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة على قول
ابي يوسف ان يخلطا حتى تصير شركة ملك بينهما ثم يعقدا عليهما عقد
الشركة فتجوز عنده ايضا ومنها ان يكون راس مال الشركة عينا حاضرا
لا دينا ولا مالا غايبا فان كان لا يجوز عنانا كانت او مفاوضة لان المقصود
من الشركة الربح وذلك بواسطة التصرف ولا يمكن في الدين والمال الغايب
فلا يحصل المقصود وانما يشترط الحضور عند الشرا لا عند العقد لان عقد
الشركة يتم بالشرا فيعتبر الحضور عنده حتى لو دفع الى رجل الف درهم فقال
له اخرج مثلها واشتر بها وبع فما ربحت يكون بيننا فاقام المامور البينة
انه فعل ذلك جاز وان لم يكن المال حاضرا من الجانبين عند العقد لما كان حاضرا

م من الجانبين م

عند الشرا وهل يشترط خلط المالين وهو خلط الدراهم بالدراهم
والدنانير بالدنانير قال اصحابنا الثلاثة لا يشترط وقال زفر يشترط وبه
اخذ الشافعي وعلى هذا الاصل يبنى ما اذا كان المالان من جنسين بان
كان لاحدهما دراهم وللاخر دنانير ان الشركة جايزة عندنا خلافا لهما
وكذلك اذا كانا من جنس واحد لكن بصفتين مختلفتين كالصحاح مع المكسرة
او كانت دراهم احدهما سودا ودراهم الاخر بيضا او غلة وذلك في شركة
العنان فهو على هذا الاختلاف وروي عن زفر ان الخلط شرط في المفاوضة
وليس بشرط في العنان ولكن الطحاوي ذكر انه شرط فيهما جميعا عند زفر
وجه قوله ان الشركة تنبي عن الاختلاط والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالين
فلا يتحقق معنى الشركة ولان من احكام الهلاك يكون من المالين وما هلك قبل الخلط

م الشركة ان م

من احد المالين يهلك من مال صاحبه خاصة وهذا ليس من مقتضى الشركة

ولنا

ولنا ان الشركة تشتمل على الوكالة فما جاز التوكيل به جازت الشركة فيه
والتوكيل جايز في المالين قبل الخلط فكذا الشركة واما قوله الشركة تنبي عن
الاختلاط فمسلم لكن عن اختلاط راسي المال او عن اختلاط الربح وهذا
مما لا يتعرض له لفظ الشركة فيجوز ان يكون تسميته شركة لاختلاط
الربح لا لاختلاط راسي المال واختلاط الربح يوجد وان اشترى كل واحد
منهما بمال نفسه على حدة لان الزيادة وهي الربح تحدث على الشركة واما ما
هلك من احد المالين قبل الخلط فانما كان من نصيب صاحبه خاصة لان الشركة
لا تتم الا بالشرا فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة فلا يعتبر حتى لو هلك
بلغ بعد شرا احدهما كان الهالك هالكا من المالين جميعا لانه هلك بعد تمام العقد
صح واما تسليم راس مال كل واحد منهما الى صاحبه وهو التخلية بين ماله وبين
صاحبه فليس بشرط في العنان والمفاوضة جميعا وانه شرط لصحة المفاو
المضاربة والفرق بينهما يذكر في المضاربة ان شا الله تعالى ومنها ما هو
مختص بالمفاوضة وهو ان يكون لكل واحد من الشريكين اهلية الكفالة بان
يكونا حرين بالغين عاقلين لان من حكم المفاوضة ان كل ما يلزم احدهما
من حقوق ما يتجران فيه يلزم الاخر فيكون كل واحد منهما فيما وجب على
صاحبه بمنزلة الكفيل عنه لما نذكر فلا بد من اهلية الكفالة وشرايط
اهلية الكفالة تطلب من كتاب الكفالة ومنها المساواة في راسي المال
قدرا هي شرط صحة المفاوضة بلا خلاف حتى لو كان المالان متفاضلين
قدرا لم تكن مفاوضة لانها تنبي عن المساواة فلا بد من اعتبار المساواة فيها
ما امكن وكذا قيمة في الرواية المشهورة حتى لو كان احدهما صحاحا
والاخر مكسرة او كان احدهما بيضا والاخر الفا سودا او بينهما فضل
قيمة في الصرف لم تجز المفاوضة في الرواية المشهورة لان زيادة القيمة
بمنزلة زيادة الوزن فلا تثبت المساواة التي هي مقتضى العقد وروى

م ان احدى الالفين م

اسماعيل بن حماد عن ابي يوسف اذا كانت افضل من الاخرى جاز وكانت
مفاوضة لان الجودة في اموال الربا لا قيمة لها شرعا عند مقابلتها بجنسها
فسقط اعتبار الجودة فصار كانهما على صفة واحدة وهل تشترط المجانسة
في راسي المال بان يكون لكل واحد منهما دراهم والاخر دنانير جازت المفاوضة

م او كل واحد منهما دنانير فعلى الرواية المشهورة لا تشترط حتى لو كان احدهما دراهم م

من الرواية المشهورة بعد ان استويا في القيمة ولا خلاف في انهما اذا لم يستويا
في القيمة لم تكن مفاوضة وروي عن ابي حنيفة انه لا يكون مفاوضة وان استويا

في القيمة وجه هذه الرواية ان عند اختلاف الجنس لا تعرف المساواة بينهما في
القيمة لان القيمة تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فلا
تعرف المساواة والصحيح هو الرواية المشهورة لانهما من جنس الاثمان وكانت
المجانسة ثابتة في الثمنية ومنها ان لا يكون لاحد المتفاوضين مال تصح
فيه الشركة ولا يدخل في الشركة فاذا كان لم تكن مفاوضة لان ذلك يمنع
المساواة وان تفاضلا في الاموال التي لا تصح فيها الشركة كالعرض والعقار
والدين جازت المفاوضة وكذلك المال الغايب لان ما لا ينعقد عليه الشركة
كان وجوده والعدم بمنزلة واحدة وكان التفاضل فيه كالتفاضل في الارباح
والاولاد ومنها المساواة في الربح فان شرطا التفاضل في الارباح لم تكن مفاوضة
م في المفاوضة م
لعدم المساواة ومنها العموم في المفاوضة وهي ان تكون في جميع التجارات
ولا يختص احدهما بتجارة دون شريكه لما في الاختصاص من ابطال معنى المفاوضة
وهو المساواة وعلى هذا يخرج قول ابي حنيفة ومحمد انه لا تجوز المفاوضة
بين المسلم وبين الذمي لان الذمي يختص بتجارة لا تجوز للمسلم وهي التجارة في
م ذلك م
الخمر والخنزير فلم يستويا في التجارة فلا يتحقق معنى المفاوضة وعند ابي
يوسف تجوز لاستوايهما في التجارة واما مفاوضة المسلم والمرتد فقد
م في اهلية الوكالة والكفالة ويجوز مفاوضة الذميين لاستوايهما م
ذكر الكرخي انها جايزة وهكذا روى عيسى بن ابان عن ابي حنيفة لان تصرفات
المرتد موقوفة عند ابي حنيفة لوقوف املاكه فلا يساوي المسلم في التصرف
فلا تجوز كما لا تجوز بين المسلم والذمي وذكر محمد في الاصل وقال القياس
قول ابي يوسف ان تجوز يعني قياس قوله في الذمي ولابي يوسف ان يفرق
بينهما من حيث ان ملك المرتد ناقص لكونه على شرف الزوال الا ترى ان
قاضيا لو قضى ببطلان تصرفه وزوال ملكه ينفذ قضاوه واذا كان
ناقص الملك والتصرف نزل منزلة المكاتب بخلاف الذمي ولو فاوض
مسلم مرتدة ذكر الكرخي انها لا تجوز وقال القدوري وهذا ظاهر على اصل
ابي حنيفة ومحمد لان الكفر عندهما يمنع انعقاد المفاوضة بين المسلم
والكافر واما ابو يوسف فالكفر عنده غير مانع وانما المانع نقصان
الملك والتصرف وهذا لا يوجد في المراة واما مفاوضة المرتدين وشركتهما
شركة عنان فذلك موقوف عند ابي حنيفة بنا على اصله في عقود المرتد
انها موقوفة فان اسلما جاز عقدهما وان قتلا على ردتهما او ماتا او لحقا
م بطل م
بدار الحرب واما على قولهما فشركة العنان جايزة لان عقودهما نافذة واما

مفاوضتهما فقد ذكر القدوري وقال ينبغي ان لا تجوز اما عند ابي يوسف فلان
تبين
نقصان الملك يمنع المفاوضة كالمكاتب وملكهما ناقص لما ذكرنا فصارا كالمكاتبين
واما عند محمد فلان المرتد عنده بمنزلة المريض مرض الموت وكفالة
المريض مرض الموت لا تصح الا من الثلث والمفاوضة تقتضي جواز الكفالة
على الاطلاق وان شارك مسلم مسلما ثم ارتد احدهما او مات او لحق بدار
م فان قتل م
الحرب بطلت الشركة وان رجع قبل ذلك فهما على الشركة لانه اذا قتل
او مات او لحق بدار الحرب زالت املاكه عند ابي حنيفة من حين ارتد وكانه
مات فبطلت شركته وان اسلم فقد زال التوقف وجعل كان الردة لم
تكن ولهذا قال ابو حنيفة ان المرتد منهما اذا اقر ثم قتل لم يلزم اقراره شريكه
لان الملك يحكم بزواله من وقت الردة فقد اقر بعد بطلان الشركة واما
على قولهما فاقراره جايز على شريكه وكذلك بيعه وشراوه لان الشركة
عندهما انما بطلت بالقتل او باللحاق وكانت باقية قبل ذلك فينفذ
تصرفه واقراره ويكره للمسلم ان يشارك الذمي ولو شاركه شركة عنان
لانه مباشر عقدا لا يجوز في الاسلام فيحصل كسبه من محظور فيكره ولهذا كره توكيل المسلم الذمي
جاز كما لو وكله والله اعلم ومنها لفظ المفاوضة في شركة المفاوضة
وكذلك روى الحسن عن ابي حنيفة انه لا تصح شركة المفاوضة الا بلفظ
المفاوضة وهو قول ابي يوسف ومحمد لان للمفاوضة شرايط لا يجمعها
الا لفظة المفاوضة او عبارة اخرى تقوم مقامها والعوام قلما يقفون
على ذلك وهذه العقود في الاعم الاغلب تجري بينهم فان كان العاقد ممن
يقدر على استيفا شرايطها بلفظ اخر تصح وان لم يذكر لفظ المفاوضة
لان العبرة في العقود لمعانيها لا لعين الالفاظ وفي كل موضع فقد شرط من
الشروط المختصة بالمفاوضة كانت الشركة عنانا لان المفاوضة تتضمن
العنان وزيادة فبطلان المفاوضة لا يوجب بطلان العنان ولان فقد
شرط في عقد انما يوجب بطلانه اذا كان العقد مما يقف على صحته عليه
ولا تقف صحة العنان على هذه الشرايط ففقدها لا يوجب بطلانه
واما شركة العنان فلا يراعى لها شرايط المفاوضة فلا يشترط فيها اهلية
الكفالة حتى تصح ممن لا تصح منه الكفالة من الصبي الماذون والعبد
الماذون والمكاتب ولا المساواة بين راسي المال ومع ان يكون لاحدهما مال
م فيجوز مع تفاضل الشريكين في راسي المال م
اخر تجوز عقد الشركة عليه سوى راس ماله الذي شارك صاحبه فيه ولا
ان يكون في عموم التجارات بل تجوز عاما وهو ان يشتركا في عموم التجارات

وخاصا وهو ان يشتركا في شي خاص كالخز والبز والرقيق والثياب ونحو ذلك
لان اعتبار هذه الشرايط في المفاوضة لدلالة اللفظ عليها وهو معني المساواة
ولم توجد في العنان ولا لفظ المفاوضة لان اعتبارها في المفاوضة لدلالتها
علي شرايط مختصة بالمفاوضة ولم تشترط في العنان فلا حاجة الي المفاوضة
ولا الي لفظ العنان ايضا لان كل واحد يقدر علي لفظ يودي معناه بخلاف
المفاوضة ولا المساواة في الربح فتجوز متفاضلا ومتساويا لما قلنا والاصل
ان الربح انما يستحق اما بالمال واما بالعمل واما بالضمان اما ثبوت عندنا م
الاستحقاق بالمال فظاهر لان الربح نما مال المالك فيكون لمالكه ولهذا
استحق رب المال الربح في المضاربة واما بالعمل فلان المضارب يستحق
الربح بعمله فكذا الشريك واما بالضمان فان المال اذا صار علي مضمونا م
المضارب يستحق جميع الربح ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجا با
لقول النبي صلي الله عليه وسلم الخراج بالضمان فاذا كان ضمانه عليه كان
خراجه له والدليل عليه ان صانعا تقبل عملا باجر ثم لم يعمل بنفسه
ولكن قبله لغيره باقل من ذلك طاب له الفضل ولا سبب لاستحقاق
الفضل الا الضمان فيثبت ان كل واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح
فان لم يوجد شي من ذلك لا يستحق بدليل ان من قال لغيره تصرف
في ملكك علي ان لي بعض ربحه لم يجز ولا يستحق شيا من الربح لانه لا مال
ولا عمل له ولا ضمان واذا عرف هذا فنقول اذا شرطا الربح علي قدر
المالين متساويا او متفاضلا فلا شك انه يجوز ويكون الربح بينهما علي
الشرط سوا كان شرط العمل عليهما او علي احدهما والوضيعة علي قدر
المالين متساويا ومتفاضلا لان الوضيعة اسم لجزء هالك من المال
فيتقدر بقدر المال وان كان المالان متساويين فشرطا لاحدهما فضلا
علي ربح ماله ينظر ان شرطا العمل عليهما جميعا جاز والربح بينهما علي الشرط
في قول اصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز ان يشرط لاحدهما اكثر من
ربح ماله وبه اخذ الشافعي ولا خلاف في شركة الملك لان الزيادة فيها تكون
علي قدر الملك حتي لو شرط المشتركان في ملك ماشية فضلا من اولادها لاحدهما م
او البانها لم يجز بالاجماع والكلام بيننا وبين زفر بنا علي اصل وهو ان الربح
عنده لا يستحق الا بالمال لانه نما المال فيكون علي قدر المال كالالبان
والاولاد واما عندنا فالربح تارة يستحق بالمال وتارة بالعمل وتارة بالضمان

علي

علي ما بينا وسوا عملا جميعا او عمل احدهما دون الاخر فالربح بينهما
يكون علي الشرط لان استحقاق الربح في الشركة بالاعمال بشرط العمل لا بوجود
العمل بدليل ان المضارب اذا استعان برب المال استحق الربح وان لم يوجد
منه العمل لوجود شرط العمل عليه والوضيعة علي قدر المال لما قلنا وان
شرطا العمل علي احدهما فان شرطاه علي الذي شرطا له فضل الربح جاز
والربح بينهما علي الشرط فيستحق ربح راس ماله بماله والفضل بعمله وان
شرطاه علي اقلهما ربحا لم يجز لان الذي شرط له الزيادة ليس له في
الزيادة مال ولا عمل ولا ضمان وقد بينا ان الربح لا يستحق الا باحد هذه
الاشيا الثلاثة وان كان المالان متفاضلين وشرطا التساوي في الربح فهو
علي هذا الاختلاف ان ذلك جايز عند اصحابنا الثلاثة اذا شرطا العمل عليهما
وعلي قول زفر لا يجوز ولا بد ان يكون قدر الربح علي قدر راس المالين عنده
وان شرطا العمل علي احدهما فان شرطاه علي الذي راس ماله اقل جاز ويستحق
قدر ربح ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه علي صاحب الاكثر لم يجز
لان زيادة الربح في حق صاحب الاقل لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان واما
العلم بمقدار راس المال وقت العقد فليس بشرط لجواز الشركة بالاموال
عندنا وعند الشافعي شرط وجه قوله ان جهالة قدر راس المال يودي
الي جهالة ~~العلم~~ الربح والعلم بمقدار الربح شرط جواز هذا العقد فكذا العلم
بمقدار راس المال ولنا ان الجهالة لا تمنع جواز العقد لذاتها بل لافضايها
الي المنازعة وجهالة راس المال وقت العقد لا تفضي الي المنازعة لانه يعلم
مقداره ظاهرا وغالبا لان الدراهم توزن والدنانير توزن وقت الشرا بها
فيعلم مقدارها فلا يودي الي جهالة مقدار الربح وقت القسمة واما
الشركة بالاعمال فاما المفاوضة منها فمن شرايطها اهلية الكفالة ومنها
التساوي في الاجر ومنها مراعاة لفظة المفاوضة لما ذكرنا في الشركة بالاموال
واما العنان منها فلا يشترط له شي من ذلك وانما يشترط اهلية التوكيل
فقط كذا روي ابو يوسف عن ابي حنيفة انه قال ما يجوز فيه الوكالة يجوز
فيه الشركة وما لا يجوز فيه الوكالة لا يجوز فيه الشركة وعلي هذا تخرج
الشركة بالاعمال في المباحات من الصيد والحطب والحشيش في البراري وما
يكون في الجبال من الثمار وما يكون في الارض من المعادن وما اشبه ذلك فان
اشتركا علي ان يصيدا او يحتطبا او يحتشا او يستقيا الما ويبيعانه علي ان ما اصابا

[هامش: وكان زيادة الربح لاحدهما علي قدر راس ماله بعمله وانه جايز صح م]

[هامش: شركة الاعمال]

من ذلك فهو بينهما ان الشركة فاسدة لان الوكالة لا تنعقد على هذا الوجه الا ترى ان من
وكل رجلا ليعمل له شيا من ذلك لا تصح الوكالة كذا الشركة فان تشاركا فاخذ كل واحد
منهما شيا من ذلك منفردا كان الماخوذ ملكا له لان سبب ثبوت الملك في المباحات
الاخذ والاستيلا وكل واحد منهما انفرد بالاخذ والاستيلا فينفرد بالملك وان
اخذاه جميعا معا كان الماخوذ بينهما نصفين لاستوايهما في سبب الاستحقاق
فيستويان في الاستحقاق فان اخذ كل واحد منهما على الانفراد ثم خلطاه وباعاه
فان كان مما يكال او يوزن يقسم الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن وان كان مما لا
يكال ولا يوزن قسم الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن بالقيمة يضرب كل منهما بقيمة
الذي له لان المكيل والموزون من الاشيا المتماثلة فيمكن قسمة الثمن بينهما على قدر
الكيل والوزن فاما غير المكيل من الاشيا المتفاوتة فلا يمكن قسمة الثمن على عينها م والموزون م
فيقسم على قيمتها وان لم يعلم الكيل والوزن والقيمة يصدق كل واحد منهما فيما
يدعي الى النصف من ذلك مع اليمين على دعوى صاحبه لان الشي في ايديهما واليد دليل
الملك من حيث الظاهر والتساوي في دليل الملك يوجب التساوي في الملك فان ادعى
اكثر من النصف لا يقبل قوله الا ببينة فان عمل احدهما واعانه الاخر في عمله بالجمع
والربط فذلك كله للعامل ولا شي منه للمعين لوجود السبب من العامل دون
المعين وللمعين اجر مثله لا يجاوز به قيمة ما سمى له من النصف والثلث ونحو
ذلك في قول ابي يوسف وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ اما وجوب اجر
المثل للمعين فلانه استوفى منفعته بعقد فاسد لما بينا وانه يوجب اجر المثل وقال
ابو يوسف لا اجاوز به قيمة ما سمى وقاسه على سائر الاجارات الفاسدة انه لا
يزاد على المسمى هناك كذا ههنا والجامع بينهما انه رضي ان لا يكون له زيادة على المسمى
فلا يستحق الزيادة وصار كمن قال لرجل بع هذا الثوب على ان لك نصف ثمنه فباعه
كان له اجر مثله لا يجاوز به نصف الثمن كذا هذا ومحمد يفرق بين هذا وبين سائر
الاجارات الفاسدة فان المسمى هناك قدر معلوم من الاجرة فكان الرضى به اسقاطا
لما زاد عليه والمسمى ههنا ليس بمعلوم بل هو معدوم لانه ما سمى الا نصف الحطب
او ثلثه والرضى بغير معلوم لا يتحقق فلم تكن هذه التسمية مسقطة الزيادة على المسمى
من اجر مثله وعلى هذا الاختلاف المضاربة الفاسدة اذا ربح المضارب فيها ان له اجر
مثله لا يجاوز به المسمى من الربح في قول ابي يوسف فان لم يكن ربح فلا شي له وعند
محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ ربح او لم يربح وستاتي المسالة في كتاب المضاربة
ان شا الله تعالى ولو ان رجلا اجلس على دكانه رجلا يطرح عليه العمل بالنصف فالقياس انه

لا يجوز هذه الشركة لانها شركة العروض لان من احدهما العمل ومن الاخر الحانوت م والحانوت من العروض صح
وشركة العروض غير جايزة وفي الاستحسان جايزة لان هذه شركة الاعمال لانها شركة العروض
شركة التقبل وتقبل الاعمال من صاحب الحانوت عمل وشركة العمل جايزة بلا
خلاف بين اصحابنا لان مبناها على الوكالة والوكالة على هذا الوجه جايزة بان
يوكل خياطا او قصارا وكيلا يتقبل له عمل الخياطة والقصارة وكذا يجوز لكل صانع
يعمل باجر ان يوكل وكيلا يتقبل العمل فان كان لهما كلب فارسلاه جميعا كان
ما اصاب بينهما لاستوايهما في سبب الاستحقاق ولو كان الكلب لاحدهما وكان
في يديه فارسلاه جميعا فما اصاب الكلب فهو لصاحبه خاصة لان الارسال من الاجنبي
لا عبرة به مع ارسال المالك فكان ملحقا بالعدم كان المالك ارسله وحده وان
كان لكل واحد منهما كلب فارسل كل واحد منهما كلبه فاصابا صيدا واحدا كان
بينهما نصفين لانهما استويا في سبب الاستحقاق وان اصاب كلب كل واحد منهما
صيدا على حدة كان له خاصة لانه ملكه بفعله فاختص به وعلى هذا يخرج ما
اذا اشترك رجلان ولاحدهما بغل وللاخر بعير على ان يواجرا ذلك فما رزق
الله تعالى من شي فهو بينهما فاجراهما باجر معلوم في عمل معلوم ان هذه الشركة م وحمل معلوم صح
فاسدة ويقسم الاجر بينهما على مثل اجر البغل ومثل اجر البعير اما فساد الشركة
فلان الوكالة على هذا الوجه لا تصح الا ترى ان من قال لاخر اجر بعيرك على ان
تكون الاجرة بيننا لا تصح الوكالة كذا الشركة ولان الشركة لا تصح في اعيان الحيوان ن
فكذا في منافعها واما قسمة الاجر بينهما على مثل اجر البغل ومثل اجر البعير فلان
الشركة ان فسدت فالاجارة صحيحة لانها وقعت على منافع معلومة ببدل
معلوم ومن حكم الاجرة ان تقسم على قيمة المنافع كما ينقسم الثمن على قيمة المبيعين
المختلفين وان لم يواجرا البغل والبعير ولكنهما تقبلا حمولة معلومة ببدل
معلوم فحملا الحمولة على ذلك فالاجر بينهما نصفين لان هذه شركة العمل
لان الحمل صار مضمونا عليهما بالعقد بمنزلة عمل الخياطة والقصارة وكان البدل بينهما
على قدر الضمان وقد تساويا في الضمان فتساويا في الاجر ولا عبرة بزيادة
حمل البعير على البغل كما لا عبرة بكثرة عمل احد الشريكين في شركة الصانع
لان البدل يقابل الضمان والبغل والبعير ههنا الة ايفا العمل ولو اجر
البعير بعينه كانت اجرته لصاحبه لا لصاحب البغل وكذلك ان اجر البغل بعينه
كان الاجر لصاحب البغل لا لصاحب البعير لان العقد وقع على منافع البعير والبغل
باذن مالك البعير والبغل وكانت الاجرة له ولا يشترط لصحة هذه الشركة اتفاق

فان كان الاجرا عانة علي الحمولة والنقلان كان للذي اعانة اجر مثله لانه استوفي منفعة
شريكه بعقد فاسد ثم عند ابي يوسف لا يجاوز به نصف الاجر الذي اجر به في
قول ابي يوسف وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ علي ما ذكرنا في شركة الحطابين
فصار ان لاحدهما اداة القصارة وللاخر بيت اشتركا علي ان يعملا باداة هذا في
بيت هذا علي ان الكسب بينهما نصفان كان ذلك جايزا وكذلك الصاغة والخياطون
والصباغون لان الاجر هاهنا بدل عن العمل لا عن الالة وقد صار العمل مضمونا
عليهما فكان بدله لهما وكان احدهما معينا للاخر بنصف الالة والاخر معينا
له بنصف الدكان وهو نظير المسلة المتقدمة وهي ان يتقبلا حمولة فيحملاها
علي دابتيهما ولو كان لاحدهما دابة وللاخر اكاف وجوالقان علي ان يواجرا
الدابة والاكاف علي ان اجرهما بينهما نصفين كانت الشركة فاسدة واجر الدابة
لصاحبها وللرجل معه اجر مثله في قولهم جميعا اما فساد الشركة فلما ذكرنا
ان الوكالة علي هذا الوجه لا تصح كذا الشركة واما الاجر فلانه بدل منافع الدابة
فكان لصاحبها وقد استوفي منافع الة الاخر بعقد فاسد فكان عليه اجر مثلها
ولو دفع دابته الي رجل ليواجرها علي ان الاجر بينهما كان ذلك فاسدا والاجر
لصاحب الدابة وللاخر اجر مثله وكذلك السفينة والبيت لان الوكالة علي هذا
الوجه لا تصح فلا تصح الشركة والاجر لصاحب الدابة لان العاقد عقد علي ملك
غيره بامره وللرجل اجر مثله لان صاحب الدابة استوفي منافعه بعقد فاسد
ولو كان دفع اليه الدابة ليبيع عليها الطعام علي ان الربح بينهما نصفان كان
فاسدا والربح لصاحب المتاع ولصاحب الدابة اجر مثلها وكذا البيت لان
الكسب حصل بعمله وقد استوفي منفعة الدابة بعقد فاسد فكان عليه
اجرها ولا يشترط لصحة هذه الشركة اتفاق العمل وتجوز اتفقت اعمالهما
او اختلفت كالخياط مع القصار ونحو ذلك وهذا قول اصحابنا الثلاثة
وقال زفر لا تجوز هذه الشركة الا عند اتفاق الصنعة كالقصارين
والخياطين بناء علي ان الشركة تجوز بالمالين المختلفين عندنا فكذا بالعملين
المختلفين والصحيح قولنا لان استحقاق الاجر في هذه الشركة بضمان
العمل والعمل مضمون عليهما اتفق العملان او اختلفا والله اعلم

وعنده لا يجوز بالمالين المختلفين كذا بالعملين المختلفين ص

شركة الوجوه

واما الشركة بالوجوه فشرط المفاوضة منها ان يكونا من اهل الكفالة وان
يكون ثمن المشترا علي كل واحد منهما نصفه وان يكون المشترا بينهما نصفين
وان يكون الربح بينهما نصفين وان يتلفظا بلفظة المفاوضة لما ذكرنا فيما

تقدم

تقدم واما العنان منها فلا يشترط له اهلية الكفالة ولا المساواة بينهما في
ملك المشترا حتى لو اشتركا بوجوههما علي ان يكون ما اشتريا او احدهما
بينهما نصفين او اثلاثا او ارباعا او كيف ما شرطا علي التساوي والتفاضل
كان جايزا وضمان ثمن المشتري بينهما علي قدر ملكيهما في المشتري والربح
بينهما علي قدر ضمانهما ثمن المشتري لان الربح في هذه الشركة انما يستحق
بالضمان فيتقدر بقدر الضمان فاذا شرط لاحدهما اكثر من حصته من

الضمان فان شرطا لاحدهما فضل ربح على حصته من الضمان فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ص

الضمان ونصيبه من الملك فهو شرط ربح من غير ملك ولا ضمان فلا يجوز
فان قيل الربح كما يستحق بالملك والضمان يستحق بالعمل فجاز ان
يستحق زيادة الربح بزيادة العمل كالمضارب والشريك شركة
العنان فالجواب ان هذا مسلم اذا كان العمل في مال معلوم كما في
المضارب وشركة العنان ولم يوجد هاهنا فلا يستحق كمن قال لاخر
ادفع اليك الفا مضاربة علي ان تعمل فيها بالنصف ولم يعين الالف انه
لا يجوز المضاربة لانه لم يشترط العمل في مال معين فصل واما
حكم الشركة فاما شركة الاملاك فحكمها في النوعين جميعا واحد
وهو ان كل واحد من الشريكين كانه اجنبي في نصيب صاحبه لا يجوز
له التصرف فيه بغير اذنه لان المطلق للتصرف الملك او الولاية ولا ملك
لكل واحد منهما في نصيب صاحبه والولاية بالوكالة او القرابة ولم يوجد
شي من ذلك وسوا كانت الشركة في العين او الدين لما قلنا ولو كان
بين رجلين دين علي رجل من ثمن عبد باعاه اياه بالف درهم او الف بينهما
اقرضاه اياه او استهلك الرجل عليهما شيا قيمته الف درهم او ورثا دينا
لرجل واحد عليه فقبض احدهما نصيبه او بعض نصيبه فللاخر ان يشركه
فياخذ منه نصف ما قبضه والاصل في هذا ان الدين المشترك الثابت للشريكين
بسبب واحد اذا قبض احدهما شيا منه فللاخر ان يشاركه في المقبوض
لان المقبوض مقبوض من النصيبين اذ لو جعل من نصيب احدهما لكان ذلك
قسمة الدين قبل القبض وانها غير جايزة لان معني القسمة وهو
التمييز لا يتحقق فيما في الذمة فلا يتصور فيه القسمة ولهذا لم تصح قسمة
العين من غير تمييز كصبرة من طعام بين شريكين قال لاحدهما لصاحبه خذ
منها لك هذا الجانب ولي هذا الجانب لانعدام التمييز فاذا لم يصح في العين

لا يجوز م

من غير تمييز ففي الدين اولي ولان القسمة فيها معني التمليك لانه ما من

جزأين لا واحدهما ملكه والاخر ملك صاحبه وكان نصيب كل واحد منهما بعد
القسمة بعضه ملكه وبعضه عوضا عن ملكه وكان قسمة الدين تمليك
الدين من غير عوض ممن عليه الدين وانه غير جايز فجعل المقبوض من
النصيبين جميعا لئلا يودي الى ما قلنا وكان له ان ياخذ نصف ما قبضه
صاحبه بعينه ليس للقابض ان يمنعه عنها ان يقول انا اعطيك مثل
نصف الدين لان نصف المقبوض مقبوض عن نصيبه فكان عين حقه
فلا يملك القابض منعه وسوا كان المقبوض مثل حقه او اجود او اردى
اما اذا كان اجود من حقه فلان الجودة لا عبرة بها في الجنس الواحد
الا ترى ان من عليه الردى اذا اعطى الجيد يجبر صاحب الدين على القبول
وكان قبضه قبضا لعين الحق وان كان اردى فقبض الردى عن الجيد جايز
لانه من جنس حقه وما قبض الشريك من شريكه يكون قدر ذلك للقابض
دينا على الغريم ويكون ما على الغريم بينهما على قدر ذلك من الدين حتى لو كان
الدين الف درهم بينهما فقبض احدهما خمسماية فجا الشريك فاخذ
نصفها كان للقابض ما بقي له على الغريم وذلك مايتان وخمسون وتكون
الشركة باقية في الدين كما كانت لانه لما اخذ شريكه نصف المقبوض
انتقض في نصف ما قبض وبقي الباقي من دينه بحاله وان اخرج القابض م قبضه
عن يده بان وهبه او باعه او قضى دينا عليه او استهلكه بوجه من
الوجوه فلشريكه ان يضمنه نصف ما قبض لانه اتلف عليه نصف ما
قبضه من نصيبه فكان له ان يضمنه فان لم يقبض احد الشريكين شيا
ولكن ابرا الغريم من حصته جازت البراة ولا يضمن لشريكه لانه لم م شيا
يقبض شيا من الدين بل اتلف حصته لا غير فلا يضمن فان ابرا احدهما
عن ماية درهم ثم خرج من الدين شي اقتسماه بينهما على قدر ما لكل واحد
منهما على الغريم فيكون المقبوض بينهما على تسعة اسهم لان احدهما لما ابرا
الغريم من ماية درهم بقي له من الدين اربع ماية وللشريك خمس ماية
فيضرب في قدر المقبوض بتسعة اسهم وكذلك ان كانت البراة بعد
القبض قبل ان يقتسما لان القسمة تقع على قدر حقهما فان اقتسما المقبوض
نصفين ثم ابرا احدهما الغريم من ماية درهم فالقسمة ماضية ولا
ينقض ابراؤه بعد القسمة شيا مما اقتسماه لانهما اقتسما وملكهما
سوا فزوال المساواة بعد ذلك لا يقدح في القسمة ولو لم يقبض احدهما شيا

ولكن اشترى بنصيبه ثوبا من الغريم فللشريك ان يضمنه نصف ثمن
الثوب ولا سبيل له على الثوب لانه انما اشترى الثوب بثمن في ذمته لا بما
له في ذمة الغريم لانه لما اشترى وجب ثمن الثوب في ذمته وله في ذمة
الغريم مثله فصار ما في ذمته قصاصا بدينه فصار كانه قبض نصف الدين فلا
م جميعا يكون له على الثوب سبيل فان اجتمعا على الشركة في الثوب فهو جايز لانه قد
وجب عليه نصف ثمنه فاذا اسلم له نصفه بذلك ورضي شريكه به صار
كانه باع نصف الثوب منه فان لم يشتر بحصته شيا ولكن صالحه من
حقه على ثوب وقبضه ثم طالبه به شريكه بما قبض فان القابض بالخيار
ان شا سلم اليه نصف الثوب وان شا اعطاه مثل نصف حقه من الدين
والخيار في ذلك الى القابض لان الصلح لم يوجب شيا على المصالح لانه عقد
تبرع بمنزلة الهبة والابرا بخلاف الشرا الا انه قبض ثوبا عن الدين
المشترك فكان له ان يسلم نصفه الى الشريك وله ان يقول انا اعطيك
نصف حقك من الدين لانه لا حق لك فيما زاد على ذلك وللشريك في هذه
الوجوه كلها ان يسلم للشريك ما قبض ويرجع بدينه على الغريم لان من
حجته ان يقول ان ديني قد ثبت عليك بعقد المداينة فتسليمك الى
غيري لا يسقط ما لي في ذمتك فان سلم للشريك ما قبض ثم توى الدين
على الغريم فله ان يرجع على الشريك ويكون الحكم في هذه الوجوه كلها كالحكم
فيما اذا لم يسلم الا وجها واحدا وهو انه اذا اراد ان ياخذ من يد صاحبه
بعد ما قبض من الدراهم بعينها لم يكن له ذلك ولصاحبه ان يمنعه عنها
ويعطيه مثلها لان المقبوض في الاصل كان عن حق مشترك وانما سلم الشريك
المقبوض للقابض ليسلم له ما في ذمة الغريم فاذا لم يسلم بقي حقه في
المقبوض كما كان الا انه ليس له في هذا الوجه ان يرجع الى عين تلك الدراهم
لانه اسقط حقه عن عينها بالتسليم حيث اجاز تملك القابض لها فسقط
حقه عن عينها وانما تجدد له ضمان اخر بتوي ماله فيثبت ذلك في ذمة
القابض كساير الديون فان اخر احدهما نصيبه لم يجز تاخيره في قول
ابي حنيفة ويجوز عند ابي يوسف ومحمد ولا خلاف في انه لا يجوز تاخيره
في نصيب شريكه ~~لانه لا يجوز تاخيره في نصيب شريكه~~ لانه لا يملكه ولا
تولى هذا العقد فيه واما في نصيب شريكه فهو على الاختلاف وجه
قولهما ان نصيبه ملكه فيملك التصرف فيه ولهذا ملك التصرف فيه اسقا طا

بالابرا فالتاخير اولي لانه دون الابرا ولابي حنيفة ان تاخير نصيبه قسمة
الدين قبل القبض وانها غير جايزة والدليل علي ان التاخير قسمة الدين
انه وجد اثر القسمة وهو انفراد كل واحد من الشريكين بنصيبه
علي وجه لا يكون للاخر فيه حق وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لعدم
تصور معني القسمة وهو التمييز اذ هو اسم للفعل او للمال الخالي في الذمة
بخلاف الابرا لانه ليس فيه اثر القسمة ومعناها بل هو اتلاف لنصيبه
فان قيل قسمة الدين تصرف في الدين والتاخير ليس تصرفا في
الدين بل في المطالبة فالجواب ان التاخير تصرف في الدين والمطالبة م بالاسقاط م
جميعا لانه يوجب تغير الدين عما كان عليه لان الدين قبله كان علي صفة
لو قبض احدهما نصيبه كان للاخر ان يشاركه فيه وبعد التاخير لا يبقي
له حق المشاركة ما دام الاجل قايما ثم فرع علي قولهما فقال اذا قبض
الشريك الذي لم يوخر نصيبه لم يكن للذي اخر ان يشركه فيما قبض
حتي يحل دينه فاذا حل دينه فله ان يشركه ان كان قايما وان كان مستهلكا
بضمنه صاحبه لان الاجل يمنع ثبوت المطالبة فلا يكون له حق في المقبوض
فاذا حل صار كانه لم يزل حالا فتثبت الشركة فان لم يقبض الاخر شيا
حتي حل دين الذي اخر عاد الامر الي ما كان فيما قبض احدهما من شي
يشركه الاخر فيه لان الدين لما حل فقد سقط الاجل فصار كما كان قبل
التاجيل ولو كان الدين بين شريكين علي امراة فتزوجها احدهما علي
نصيبه من الدين فقد روي بشر عن ابي يوسف ان لشريكه ان يرجع عليه
بنصف حقه من ذلك وروي بشر عنه ايضا انه لا يرجع وهو رواية محمد
عن ابي يوسف وهو قول محمد وجه الرواية الاولي ان النكاح اوجب
المهر في ذمته وله في ذمتها مثله فصار قصاصا بدينه فصار كانه قبض
نصف الدين فكان له ان يرجع بنصف حقه كما لو اشتري منها ثوبا
بنصيبه من الدين وجه الرواية الاخري ان من شرط وجوب الضمان
عليه لشريكه ان يسلم له ما يحتمل المشاركة ولم يوجد فلا يضمن لشريكه
كما لو ابراها عن نصيبه ولو استاجر احد الشريكين الغريم بنصيبه
فان شريكه يرجع عليه في قولهم جميعا لان الاجرة في مقابلتها بدل مضمون
بالعقد فاشبه البيع وكذا الذي يسلم وهو المنفعة قابل للشركة فكان له
ان يضمنه وذكر بشر في روايته عن ابي يوسف ان احد الشريكين اذا سجّ

المطلوب

المطلوب موضحة عمدا فصالحه علي حصته لا يلزمه لشريكه شي لانه لم يسلم
له ما يمكن المشاركة فيه لان الصلح عن جناية العمد ليس في مقابلته بدل مضمون
فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه فلا يلزمه شي واما اذا استهلك احد
الطالبين علي المطلوب مالا فصارت قيمته قصاصا بدينه او اقترض منه
شيا بقدر نصيبه من الدين فلشريكه ان يرجع عليه لان قدر القرض وقيمة
المستهلك صار قصاصا بدينه والاقتصاص استيفا الدين من حيث المعني
فصار كانه استوفي حقيقة ولو كان وجب للمطلوب علي احد الطالبين
دين بسبب قبل ان يجب لهما عليه الدين فصار ما عليه قصاصا بما لاحد
الطالبين فلا ضمان علي الذي سقط عنه الدين لشريكه لانه ما استوفي
الدين بل قضي دينا كان عليه اذ الاصل في دينين التقيا قصاصا ان
يصير الاول مقتضيا بالثاني لانه كان واجب القضا قبل الثاني واذا لم
يكن مستوفيا للدين لم يكن له المشاركة اذ المشاركة تثبت في القدر المستوفا
وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمه الله لو ان احد الغريمين الدين
لهما المال قتل عبد المطلوب فوجب عليه القصاص فصالحه المطلوب
علي خمس مائة درهم كان ذلك جايزا وبرئ من حصة القاتل من الدين وكان
لشريك القاتل ان يشركه فياخذ منه نصف الخمس مائة وكذلك لو تزوج
المراة الغريمة علي خمس مائة مرسلة او استاجر الغريم بخمس مائة
مرسلة فرق بين هذا وبينما اذا صالح علي نفس الدين او تزوج به
ووجه الفرق ان العقد هاهنا وهو الصلح والنكاح علي ما في الذمة م وقع م
وانه يوجب المقاصة وكان استيفا الدين معني بمنزلة الاستيفا حقيقة
بخلاف الصلح عن نفس الدين والتزوج به فان العقد هناك ما وقع
علي ما في الذمة مطلقا الا تري ان العقد هناك اضيف الي نفس الدين فلم
تقع المقاصة ولم يسلم له ايضا ما يحتمل الاشتراك فيه فلا يرجع وذكر
علي بن الجعد عن ابي يوسف انه لو مات المطلوب واحد الشريكين وارثه
وترك مالا ليس فيه وفا اشتركا بالحصص لان الدين يمنع انتقال الملك
الي الورثة لقوله تعالي من بعد وصية يوصي بها او دين رتب الميراث
علي الدين فلم ينتقل الملك الي الوارث فلا يسقط دينه وكان دين الوارث
والاجنبي سوا ولو اعطي المطلوب احدهما رهنا بحصته فهلك الرهن عنده
فلشريكه ان يضمنه لان قبض الرهن قبض استيفا وبهلاك الرهن يصير مستوفيا

للدين حكما فكان كالاستيفا حقيقة ولو غصب احد الشريكين من المطلوب
عبدا فمات عنده فللشريك ان يضمنه لانه اذا هلك صار ضامنا القيمة العبد
من وقت الغصب فملك المغصوب من ذلك الوقت بطريق الظهور او
الاستناد ولو ذهبت احدى عيني العبد بافة سماوية في ضمان الغاصب ورده
لم يرجع شريكه عليه بشي لانه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لانه
لم يملك المضمون فلا يضمن لشريكه بخلاف نفس العبد لانه ملكها باطنا
فسلم له ما يمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه وكذلك العبد المرهون
اذا ذهبت احدى عينيه بافة سماوية وكذا لو اشترى احد الشريكين من
الغريم عبدا بيعا فاسدا وقبضه فمات في يده او باعه او اعتقه انه
يضمن لشريكه كما يضمن في الغصب ولو ذهبت عينه بافة سماوية فرده
لم يضمن لشريكه شيا ويجب ذلك عليه من حصته من الدين خاصة كذا هذا
والله اعلم واما شركة العقود فجملة الكلام فيها انها لا تخلو اما ان تكون
صحيحة او فاسدة اما الصحيحة فاما الشركة بالاموال فنبين احكام العنان
منها والمفاوضة وما يجوز ان يعمله في مال الشركة وما لا يجوز اما
العنان فلاحد شريكي العنان ان يبيع مال الشركة لانهما بعقد الشركة اذن
كل واحد منهما لصاحبه ببيع مال الشركة ولان الشركة تتضمن الوكالة فيصير
كل واحد منهما وكيل صاحبه بالبيع ولان غرضهما من الشركة الربح وذلك
بالتجاره وما التجاره الا بالبيع والشرا وكان اقدامهما على العقد اذنا من
كل واحد منهما لصاحبه بالبيع والشرا دلالة وله ان يبيع مال الشركة بالنقد
والنسيه لان الاذن بالبيع مقتضى الشركة وقد وجد مطلقا ولان الشركة
تنعقد على عادة التجار ومن عادتهم البيع نقدا ونسيه وله ان يبيع
بقليل الثمن وكثيره لما قلنا الا بما لا يتغابن الناس في مثله لان المقصود
من العقد وهو الاسترباح لا يحصل به فكان مستثنى من العقد دلالة وذكر
القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وحمله على الاختلاف في الوكيل بالبيع
مطلقا انه يجوز عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا يجوز ولو باع
احدهما واجل الاخر لم يجز تاجيله في نصيب شريكه بالاجماع وهل
يجوز في نصيب نفسه فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في الدين المشترك
اذا اخر احدهما نصيبه هذا اذا عقد احدهما واجل الاخر فاما اذا عقد
احدهما ثم اخر العاقد فلا خلاف في انه يجوز تاخيره في نصيب نفسه لانه

ما لاحد شريكي العنان والمفاوضة

شركة العنان

مالك

مالك وعاقد واما في نصيب شريكه فيجوز تاجيله في قول ابي حنيفة ومحمد
وعند ابي يوسف لا يجوز والكلام فيه بنا على مسلة الوكيل بالبيع انه يملك
تاخير الثمن والابرا عنه عندهما وعنده لا يملك ووجه البنا ظاهر لان العاقد
في نصيب الشريك وكيل عنه وهي من مسايل كتاب الوكالة الا ان هناك اذا
اخر يضمن من ماله للموكل عندهما وهاهنا لا يضمن الشريك العاقد لان العاقد
يملك ان يقايل البيع ثم يبيعه بنسيه فاذا لم يقايل واخر الدين جاز
والوكيل بالبيع لا يملك ان يقايل ويبيع بالنسية فاذا اخر يضمن وله ان
يشتري بالنقد والنسية لما قلنا في البيع وهذا اذا كان في يده مال ناض
للشركة وهو الدراهم والدنانير فاشترى بالدراهم والدنانير شيا نسية
او كان عنده شي من المكيل والموزون فاشترى بذلك الجنس شيا نسية فاما
اذا لم يكن في يده دراهم ولا دنانير فاشترى بدراهم او دنانير شيا كان
المشتري له خاصة دون شريكه لانا لو جعلنا شراه على الشركة على الشركة
لصار مستدينا على مال الشركة والشريك لا يملك الاستدانه على مال الشركة
من غير ان يوذن له بذلك كالمضارب لانه يصير مال الشركة اكثر
مما رضي الشريك بالمشاركة فيه فلا يجوز من غير رضاه وكذلك لو كان عنده
عروض فاشترى بالدراهم والدنانير نسيه لان العروض لا تصلح راس
مال للشركة فكان الشرا بالاثمان استدانه بخلاف ما اذا اشترى بها
وفي يده مثلها لان ذلك ليس باستدانه وحكى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة
انه اذا كان في يد احد الشريكين دنانير فاشترى بدراهم جاز وهي لزفر
لا يجوز بنا على ان زفر يعتبر المجانسة في راس مال الشركة حقيقة حتى
ابى انعقاد الشركة في الدراهم مع الدنانير لاختلاف الجنس حقيقة
فيصير كانه اشترى بالدراهم وعنده عروض ونحن نعتبر المجانسه
معنى وهو الثمنية وقد تجانسا في الثمنية فصار كانه اشترى بجنس ما في
يده صورة ومعنى وله ان يبضع مال الشركة لان الشركة تنعقد على
عادة التجار والابضاع من عادتهم ولان له ان يستاجر من يعمل في البضاعة
بعوض فالابضاع اولى لانه استعمال المبضع في البضاعة بغير عوض
وله ان يودع لان الايداع عادة التجار ومن ضرورات التجارة ايضا لانه لا
بد للتاجر منه لانه يحتاج الى ذلك عند اعتراض احوال تقع عادة ولان له
ان يستحفظ المودع باجر فبغير اجر اولى وليس له ان يشارك الا ان يوذن له بذلك

لان الشي لا يستتبع مثله فان شارك رجلاً شركة عنان فما اشتراه الشريك
فنصفه له ونصفه للشريكين لانه ان كان لا يملك الشركة ففي حق الشريك
يملك التوكيل وعقد الشركة يتضمن التوكيل فكان نصف ما اشتراه
بينهما وان اشترى الشريك الذي لم يشارك فما اشتراه يكون بينه وبين
شريكه نصفين ولا شي للاجنبي فيه لانه لم يوكله فبقي ما اشتراه على
حكم الشركة وقال الحسن بن زياد اذا شارك احد شريكي العنان شركة (م رجلاً)
مفاوضة بغير محضر من شريكه لم تكن مفاوضة وكانت شركة عنان
لان المفاوضة تقتضي فسخ شركة العنان لان المفاوض يجب ان يكون
شريكه في كل المال وذلك لا يصح في حق شريكه فكان ذلك فسخا للشركة
وهو لا يملك الفسخ مع غيبته وان كان بمحضر من صاحبه صحت
المفاوضة وذلك ابطالا لشركة العنان لانه يملك فسخ الشركة مع حضور
صاحبه وليس له ان يخلط مال الشركة بمال له خاصة لان الخلط
ايجاب حق في المال فلا يجوز الا في القدر الذي رضي به رب المال وهل له
ان يدفع مال الشركة مضاربة ذكر محمد رحمه الله في الاصل عن ابي حنيفة
ان له ذلك وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ليس له ذلك وجه
رواية الحسن ان المضاربة نوع شركة لان رب المال مع المضارب
يشتركان في الربح وهو لا يملك الشركة باطلاق العقد فلا يملك المضاربة
وجه ظاهر الرواية انه يملك ان يستاجر اجيرا يعمل في مال الشركة
فلان يملك الدفع مضاربة اولى لان الاجير يستحق الاجر سوا حصل في الشركة
ربح ام لا والمضارب لا يستحق شيا بعمله الا اذا كان في المضاربة ربح فلما
ملك الاستيجار فلان يملك الدفع مضاربة اولى والاستدلال بالشركة
غير سديد لان الشركة فوق المضاربة لانها توجب الشركة في الاصل
والفرع والمضاربة توجب الشركة في الفرع لا في الاصل فالشي يستتبع ما
هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه او مثله ولهذا يملك المضارب دفع
المال مضاربة بمطلق العقد لان المضاربة مثل المضاربة ويملك التوكيل
لانه دون المضاربة والوكيل لا يملك ان يوكل غيره باطلاق الوكالة لان
الوكالة مثل الوكالة وله ان يعمل في مال الشركة كل ما للمضارب ان يعمله
في مال المضاربة ونذكر ذلك في كتاب المضاربة ان شا الله تعالى لان
تصرف الشريك اقوى من تصرف المضارب واعم منه فما كان للمضارب

ان

ان يعمل فالشريك اولى وله ان ياخذ مالا مضاربة ويكون ربحه له خاصة
لان المضارب يستحق الربح بعمله فيختص به كالواجر نفسه وله ان يوكل بالبيع
والشرا استحسانا والقياس ان لا يجوز لان شريكه رضي برايه ولم يرض
براي غيره وجه الاستحسان ان الشركة تنعقد على عادة التجار والتوكيل
بالبيع والشرا من عاداتهم ولانه من ضرورات التجارة لان التاجر لا يمكنه
مباشرة جميع التصرفات بنفسه فيحتاج الى التوكيل فكان التوكيل من
ضرورات التجارة بخلاف الوكيل بالشرا انه لا يملك ان يوكل غيره لانه لا
يملك جميع التصرفات بل لا يملك الا الشرا فيمكنه مباشرته بنفسه
فلا ضرورة الى ان يوكل غيره ولان الشركة اعم من الوكالة والوكالة اخص منها
والشي يستتبع دونه ولا يستتبع مثله وبخلاف ما اذا كانا شريكين في
خادم او ثوب خاصة انه ليس لاحدهما ان يوكل رجلا ببيعه وان وكل لم يجز
في حصة صاحبه لان ذلك شركة ملك وكل واحد من الشريكين في شركة
الاملاك اجنبي عن صاحبه محجور عن التصرف في نصيبه لانعدام المطلق
للتصرف وهو الملك والولاية على ما بينا فيما تقدم وله ان يوكل وكيلا
ويدفع اليه مالا ويامره ان ينفق على شي من تجارتهما والمال من الشركة
لما ذكرنا ان الشريك يملك التوكيل فكان تصرفه كتصرف الوكيل فان
اخرج الشريك الاخر الوكيل يخرج من الوكالة ان كانت في بيع او شرا او اجارة
لان كل واحد منهما كما ملك التوكيل على صاحبه ملك العزل عليه ولان الموكل
وكيل الشريك فاذا وكل كان للموكل ان يعزل وكيله وان كان وكيلا في تقاضي
ما داينه فليس للاخر اخراجه لانه لا يملك ان يوكل بشركته فلا يملك ان
يعزل وكيله عنه وله ان يستاجر اجيرا للشي من تجارتهما لان الاجارة من
التجارة حتى يملكها الماذون في التجارة وهو من عادات التجار ايضا ومن
ضرورات التجارة لان التاجر لا يجد بدا منه لان المنافع عند ايراد العقد
عليها تجري مجرى الاعيان فكان الاستيجار بمنزلة الشرا وهو يملك الشرا
فيملك الاستيجار والاجر يكون على المستاجر يطالب به دون شريكه لانه
العاقد لا شريكه وحقوق العقد ترجع الى العاقد ويرجع على شريكه بنصف
الاجر لانه وكيل في العقد وله ان يرهن متاعا من الشركة بدين وجب
بعقده وهو الشرا او يرتهن بما باعه لان الرهن ايفا الدين والارتهان
استيفاوه وانه يملك الايفا والاستيفا فيملك الرهن والارتهان وذكر محمد

رحمه الله في كتاب الرهن اذا رهن احدهما متاعا من الشركة بدين عليهما لم يجز
وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما اداناه وقبض لم يجز على شريكه وذلك
محمول على ما اذا رهن احدهما بدين عليهما وجب بعقدهما لان الرهن ايفاء
وكل واحد منهما لا يملك ان يوفي دين الاخر من ماله الا بامره فلا يملك الرهن
والارتهان استيفاء واحدهما لا يملك استيفاء ثمن ما عقده شريكه لنفسه
فلا يملك ارتهانه فان هلك في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته لانه قبض
الرهن بعقد فاسد والرهن الفاسد يكون مضمونا كالصحيح وكان
مستوفيا حصته من الدين لانه كان يملك استيفاء حصته من الدين
قبل الارتهان وان وليه غيره فاذا ارتهنه بجميع الدين صار مستوفيا
لجميع الدين فيصير مستوفيا حصته ضرورة فذهب الرهن
بحصته وشريكه بالخيار ان شاء رجع بحصته على المطلوب ورجع المطلوب
بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء ضمن شريكه حصته من الدين
لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فاذا هلك في يده تقرر استيفاء كل
الدين ومن استوفى كل الدين المشترك بغير اذن شريكه كان لشريكه ان
يرجع على الغريم بحصته ويرجع الغريم على القابض بما قبض لانه انما
سلم اليه ليملك ما في ذمته ولم يملك فكان له ان يرجع كذا هاهنا للمطلوب — م باسلم م
ان يرجع بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء الشريك رجع عليه بنصف
دينه لما ذكرنا ان احد الشريكين اذا استوفى الدين المشترك كله كان للشريك — مع
الاخر ان يرجع عليه بنصيبه وطريقه ذلك ان نصف المقبوض وقع
للقابض ولشريكه ان يشاركه فيه ومتى ما شاركه فيه فللقابض ان
يرجع على المطلوب بذلك ثم يشاركه في ذلك ايضا فيستوفي هو ويشاركه — م هكذا م
الاخر الى ان يستوفيا الدين طعن عيسى بن ابان في هذه المسألة وقال
يجب ان لا يضمن الشريك نصيب شريكه لان محمدا رحمه الله قال لو قال
رجل لرجل اعطي رهنا بدين فلان الذي عليك فان اجازه جاز وان لم يجزه
فلا ضمان علي فاعطاه وهلك الرهن في يده لم يضمن وهذا الطعن في غير موضعه
لان ذلك الرجل جعل الرهن في يد العدل لانه لما اخذ رهنا لغيره وشرط — هلاك الرهن في يد العدل لا يوجب الضمان
ان لا ضمان عليه صار عدلا وهلاك الرهن في يد العدل لا يوجب الضمان لان
قبضه ليس بقبض استيفاء وهاهنا انما قبضه للاستيفاء والرهن المقبوض
للاستيفاء مضمون فلم يصح الطعن وله ان يحتال لان الحوالة من عمل

التجارة لان التاجر يحتاج اليها لاختلاف الناس في الملاءة والافلاس وكون
بعضهم املا من بعض وفي العادة يختار الاملا فالاملا وكانت الحوالة وسيلة
الى الاستيفاء وكانت في معنى الرهن في التوثق للاستيفاء ولان الاحتيال تمليك
ما في الذمة بمثله فيجوز كالصرف وحقوق عقد تولاه احدهما يرجع الى
العاقد حتى لو باع احدهما لم يكن للاخر ان يقبض شيئا من الثمن وكذلك
كل دين لزم انسانا بعقد وليه احدهما فليس للاخر قبضه وللمديون
ان يمتنع من دفعه اليه كالمشتري من الوكيل بالبيع ان له ان يمتنع من دفع
الثمن الى الموكل لان القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تعود الى العاقد
لان المديون لم يلتزم الحقوق للمالك وانما التزمها للعاقد فلا يلزمه
ما لم يلتزمه الا بتوكيل العاقد فان دفع الى الشريك من غير توكيل برئ من
حصته ولم يبرا من حصة الدافع وهذا استحسان والقياس ان لا يبرا
الدافع وجه القياس ان حقوق العقد لا تتعلق بالقابض بل هو اجنبي عنها
وانما تتعلق بالعاقد وكان الدفع الى القابض بغير حق فلا يبرا وجه
الاستحسان انه لا فائدة في نقض هذا القبض اذ لو نقضناه لاحتجنا الى
اعادته لان المديون يلزمه دفعه الى العاقد والعاقد يرد حصة الشريك
اليه فلا يفيد النقض ثم الاعادة في الحال وهذا على القياس والاستحسان
في التوكيل في البيع اذا دفع المشتري الثمن الى الموكل من غير اذن الوكيل ولا يطالب
الشريك بتسليم المبيع لما قلنا وليس لاحدهما ان يخاصم فيما ادانه او باعه — م الاخر م
والخصومة للذي باع وعليه ليس على الذي لم يل من ذلك شيء فلا تسمع عليه
بينة فيه ولا يستحلف وهو والاجنبي في هذا سواء لان الخصومة من حقوق
العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد ولو اشترى احدهما شيئا لا يطالب
الاخر بالثمن وليس للشريك قبض المبيع لما بينا وللعاقد ان يوكل وكيلا
بقبض الثمن والمبيع فيما اشترى وباع لما ذكرنا وانه يملك الشراء على — م فيما تقدم ولا احدهما ان يقايل فيما باعه الاخر لان الاقالة فيها معنى الشراء ص
الشركة فيملك الاقالة وما باعه احدهما او اشترك وظهر عيب لا يرد
الاخر بالعيب ولا يرد عليه لان الرد بالعيب من حقوق العقد وانما ترجع الى
العاقد والرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع على البائع لانه العاقد فان اقر
احدهما بعيب في متاع جاز اقراره عليه وعلى صاحبه قال الكرخي
وهذا قياس قول ابي حنيفة وزفر وابو يوسف فرق بين هذا وبين
الوكيل اذا اقر بالعيب فرده القاضي عليه المبيع انه لا ينفذ اقراره على الموكل.

حتى يثبت بالبينة لان موجب الاقرار بالعيب ثبوت حق الرد عليه ولاحد
الشريكين ان يسترد المبيع ويقيل العقد والوكيل لا يملك ذلك فان باع
احدهما متاعا من الشركة فرد عليه فقبله بغير قضا قاضٍ جاز عليهما لان
قبوله المبيع بالتراضي بمنزلة الاقالة واقالة احدهما تنفذ على الاخر وكذا لو
حط من ثمنه او اخر ثمنه لاجل العيب فهو جايز لان العيب يوجب الرد ومن
الجايز ان يكون الصلح والحط انفع من الرد فكان له ذلك وان حط من غير علة
او امر يخاف منه جاز في حصته ولم يجز في حصة صاحبه لان الحط من غير
عيب تبرع ولكل واحد منهما ان يبيع ما اشتراه لان كل واحد منهما وكيل
صاحبه بالشرا والبيع والوكيل بالبيع والشرا مرابحة وهل لاحدهما ان يسافر
بالمال من غير اذن صاحبه ذكر الكرخي انه ليس له ذلك والصحيح من
قول ابي حنيفة ومحمد ان له ذلك وكذا المضارب والمبضع والمودع لهم
ان يسافروا وروي عن ابي حنيفة انه ليس للشريك والمضارب ان يسافر
وهو قول ابي يوسف وروي عن ابي يوسف ان له ان يسافر الى موضع لا يبيت
عن منزله وروي عنه ان له ان يسافر بما لا حمل له ولا مونة ولا يسافر بما له
حمل ومونة وجه ظاهر قول ابي يوسف ان السفر خطر فلا يجوز في
في ملك الغير الا باذنه وجه الرواية التي فرق فيها بين القريب والبعيد
انه اذا كان قريبا بحيث لا يبيت عن منزله كان في حكم المصر وجه
الرواية التي فرق فيها بين ما له حمل وما لا حمل له ان ما له حمل اذا احتاج
شريكه الى زيادة تلزمه مونة في الرد فيتضرر به ولا مونة تلزمه فيما
لا حمل له وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان الاذن بالتصرف ثبت
مقتضى الشركة وانها صدرت مطلقة عن المكان والمطلق يجري
على اطلاقه الا بدليل ولهذا جاز للمودع ان يسافر على انه في معنى المودع
لانه موتمن في مال الشركة كالمودع في مال الوديعة معما ان الشريك يملك
امرا زايدا لا يملكه المودع وهو التصرف فلما ملك المودع السفر فلان يملكه
الشريك اولى وقول ابي يوسف ان المسافرة بالمال خطر مسلم اذا كان
الطريق مخوفا فاما اذا كان امنا فلا خطر فيه بل هو مباح قال الله تعالى فاذا
قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله وقال ليس عليكم جناح
ان تبتغوا فضلا من ربكم مطلقا من غير فصل وما ذكر من لزوم مونة الرد فيما
له حمل ومونة لا يعد ذلك غرامة في عادة التجار لان كل مونة تلزم تلحق برأس

من غير قضاء القاضي يعني له
شراء مبتدا بالتعاطي وكل
واحد منهما يملك ان يشتري
ما باعه على الشركة وكذا
القبول من غير قضاء القاضي

والانسان يملك التبرع من
مال نفسه لا من مال غيره
وكذلك لو وهب لان
الهبة تبرع
وما اشترى صاحبه
على ما اشترياه

المال هذا اذا لم يقل كل واحد منهما لصاحبه اعمل في ذلك برايك فاما
اذا قال له ذلك فانه يجوز لكل منهما المسافرة والمضاربة والمشاركة وخلط
مال الشركة بمال له خاصة والرهن والارتهان مطلقا لانه فوض الراي اليه
في التصرف الذي اشتملت عليه الشركة مطلقا واذا سافر احدهما بالمال وقد
اذن له بالسفر او قيل له اعمل برايك او عند اطلاق الشركة على الرواية الصحيحة
عن ابي حنيفة ومحمد فله ان ينفق من جملة المال على نفسه في كرايه ونفقته
وطعامه وادامه من راس المال روى ذلك الحسن عن ابي حنيفة وقال محمد
وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له ذلك لان الانفاق من مال الغير لا
يجوز الا باذنه نصا وجه الاستحسان العرف والعادة لان عادة التجار الانفاق
من مال الشركة والمعروف كالمشروط ولان الظاهر هو التراضي بذلك لان الظاهر
ان الانسان لا يسافر بمال الشركة ويلتزم النفقة من مال نفسه لربح يحتمل ان
يكون ويحتمل ان لا يكون لانه التزام ضرر للحال لنفع يحتمل ان يكون ويحتمل ان
لا يكون فكان اقدامهما على عقد الشركة دليلا على التراضي بالنفقة من مال الشركة
ولان كل واحد منهما فيما لصاحبه بمنزلة المضارب لان ما يحصل من الربح
فهو في جميع المال وهو يستحق نصف الربح شايعا كالمضارب فتكون
نفقته في جميع المال كالمضارب اذا سافر بمال نفسه وبمال المضاربة كانت
نفقته في جميع ذلك كذا ههنا قال محمد فان ربح حسبت النفقة من الربح
وان لم يربح كانت النفقة في راس المال لان النفقة جزء تالف من المال فان
كان هناك ربح فهو منه والا فهو من الاصل كالمضارب وما اشترى احدهما
بغير مال الشركة لا يلزم صاحبه لما ذكرنا انه يصير مستدينا على مال
الشركة وصاحبه لم ياذن له بالاستدانة وليس لاحدهما ان يهب ولا ان يقرض
على شريكه لان كل واحد منهما تبرع اما الهبة فلا شك فيها واما القرض
فلانه لا عوض له في الحال فكان تبرعا في الحال وهو لا يملك التبرع على شريكه
وسواء قال اعمل برايك او لم يقل الا ان ينص عليه بعينه لان قوله اعمل برايك
تفويض الراي اليه فيما هو من التجارة وهذا ليس من التجارة ولو استقرض مالا
لزمهما جميعا لانه تملك مال بالعقد فكان كالصرف فيثبت في حقه وحق
شريكه ولانه ان كان الاستقراض استعارة في الحال فانه يملك الاستعارة وان كان
تملكا يملكه ايضا وليس له ان يكاتب عبدا من تجارتهما ولا ان يعتق على مال لان
الشركة تنعقد على التجارة والكتابة والاعتاق ليسا من التجارة الا يرى انه لا

يملكهما المأذون في التجارة وسواء قال اعمل برايك او لا لما قلنا وليس له ان يزوج
عبدا من تجارتهما في قولهم جميعا لانه ليس من باب التجارة وهو ضرر محض
فلا يملكه الا بالاذن نصا وكذلك تزويج الامة في قول ابي حنيفة ومحمد لانه
ليس من التجارة ويجوز عند ابي يوسف والمسلة تقدمت في كتاب النكاح ولو
اقر بدين لم يجز على صاحبه لان الاقرار حجة قاصرة فلا يصدق في ايجاب
الحق على شريكه بخلاف المفاوضة لان الجواز في المفاوضة بحكم الكفالة لا بالاقرار
وهذه الشركة لا تتضمن الكفالة ولو اقر بجارية في يده من تجارتهما انها لرجل لم
يجز اقراره في نصيب شريكه وجاز في نصيبه لما قلنا ان اقرار الانسان ينفذ
على نفسه لا على غيره لانه في حق غيره شهادة وسواء كان قال له اعمل برايك
ام لا لان هذا القول يفيد العموم فيما تتضمنه الشركة والشركة لم تتضمن
الاقرار وما ضاع من مال الشركة في يد احدهما فلا ضمان عليه في نصيب شريكه
ويقبل قول كل واحد من الشريكين على صاحبه في ضياع المال مع يمينه لانه
امين واما المفاوضة فجميع ما ذكرنا انه يجوز لاحد شريكي العنان ان يفعله واذا
فعله فهو جايز على شريكه لان المفاوضة اعم من العنان فلما جاز لشريك العنان
فجوازه للمفاوض اولى وكذا كل ما كان شرط الصحة شركة العنان فهو شرط
لصحة شركة المفاوضة لانها لما كانت اعم من العنان فهي تقتضي شروط العنان
وزيادة وكذا ما فسدت به شركة العنان تفسد به شركة المفاوضة لان
المفاوضة يفسدها ما لا يفسد العنان لاختصاصها بشرايط لم تشترط في
العنان وقد بينا ذلك فيما تقدم والان نبين الاحكام المختصة بالمفاوضة
التي تجوز للمفاوض ولا تجوز للشريك شركة العنان فنقول وبالله التوفيق
يجوز اقرار احد شريكي المفاوضة بالدين عليه وعلى شريكه ويطالب المقر له ايهما
شا لان كل واحد منهما كفيل عن الاخر فيلزم المقر باقراره ويلزم شريكه بكفالته
وكذلك ما وجب على كل واحد منهما من دين التجارة كثمن المشترى في البيع الصحيح
وقيمته في البيع الفاسد واجرة المستاجر وما هو في معنى التجارة كالمغصوب
والخلاف في الودايع والعواري والاجارات والاستهلاكات وصاحب الدين
بالخيار ان شا اخذ هذا بدينه وان شا شريكه بحق الكفالة اما دين التجارة
فلانه دين لزمه بسبب الشركة لان البيع الصحيح اشتمل عليه عقد الشركة
لانه تجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشركة ولهذا
قالوا ان البينة في ذلك تسمع على الشريك الذي لم يعقد لان الدين لزمه كالازم

شريكه

شريكه ولانه كفيل عن شريكه والبينة بالدين تسمع على الكفيل كما تسمع على
المكفول عنه وكذا البيع الفاسد بدليل ان الامر بالبيع يتناول الصحيح والفاسد
وكذا الاجرة لان الاجرة تجارة واما الغصب فلان ضمان الغصب في معنى ضمان التجارة
والخلاف في الودايع والعواري والاجارات في معنى الغصب لانه من باب التعدي
على مال الغير بغير اذن مالكه فكان في معنى الغصب فكان ضمانه ضمان الغصب
واما ارش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص
فلا يواخذ به شريكه لانه ليس بضمان التجارة ولا في معنى ضمان التجارة ايضا
لانعدام معنى معاوضة المال بالمال راسا وروي عن ابي يوسف ان ضمان الغصب
والاستهلاك لا يلزم الا فاعله لانه ضمان جناية فاشبه ضمان الجناية على بني ادم
فانه لا يملك به المضمون فلم يوجد فيه معنى المعاوضة اصلا ولو كفل احدهما
عن انسان فان كفل عنه بمال يلزم شريكه عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف
ومحمد لا يلزمه وان كفل بنفس لا يوخذ بذلك شريكه في قولهم جميعا
وجه قولهما ان الكفالة تبرع فلم يلزم صاحبه كالهبة والصدقة والكفالة
بالنفس والدليل على انها تبرع اختصاص جوازها باهل التبرع حتى لا تجوز
من الصبي والمكاتب والعبد المأذون وكذا تعتبر من الثلث اذا كانت في
حال المرض والشركة لا تنعقد على التبرع ولابي حنيفة ان الكفالة تنعقد تبرعا
بابتدائها ثم تصير معاوضة بانتهائها لوجود التمليك والتملك حتى يرجع
الكفيل على المكفول عنه بما كفل اذا كانت الكفالة بامر المكفول عنه فقلنا
لا تصح من الصبي والمكاتب والمأذون وتعتبر من الثلث عملا بالابتدا
وتلزم شريكه عملا بالانتها وحقوق عقد تولاه احدهما يرجع اليهما
جميعا حتى لو باع احدهما شيا من مال الشركة يطالب غير البايع منهما
بتسليم المبيع كما يطالب البايع ويطالب غير البايع منهما المشتري بتسليم
الثمن ويجب عليه تسليمه كالبايع ولو اشترى احدهما شيا يطالب الاخر
بالثمن كما يطالب المشتري وله ان يقبض المبيع كالمشتري وان وجد المشتري
منهما بالمبيع عيبا فلصاحبه ان يرده بالعيب كالمشتري وله الرجوع
بالثمن عند الاستحقاق كالمشتري ولو باع احدهما سلعة من شركتهما
فوجد المشتري بها عيبا فله ان يردها على ايهما شا ولو انكر العيب فله ان يحلف
البايع على البتات وشريكه على العلم ولو اقر احدهما نفذ اقراره على نفسه
وشريكه ولو باعا سلعة من شركتهما ثم وجد المشتري بها عيبا فله

م لان تقرر الضمان فيه يفيد ملك المضمون فكان في معنى ضمان البيع صح

ضمان المال

ضمان الجناية

م والجواب ما ذكرنا ان ضمان الغصب وضمان الاتلاف في غير بني آدم ضمان معاوضة لانه ضمان يملك به المضمون عوضا عنه بخلاف ضمان الجناية على بني آدم صح

ان يحلف كل واحد منهما على النصف الذي باعه على البتات وعلى النصف الذي باعه
شريكه على العلم بيمين واحدة على العلم في قول محمد وقال ابو يوسف يحلف
كل واحد منهما على البتات فيما باع ويسقط عن كل واحد منهما اليمين على العلم
وهما جميعا في خراج التجارة وضمانها سوا فعل احدهما فيها كفعلهما وقول
احدهما كقولهما وهما في الحقيقة شخصان وفي احكام التجارة كشخص واحد
ولاحدهما ان يكاتب عبد التجارة او ياذن له بالتجارة لان تصرف كل واحد منهما فيما م بالتجارة م
يعود نفعه الى مال الشركة عام كتصرف الاب في مال الصغير كذا روى عن
محمد انه قال كل ما يجوز ان يفعله الانسان فيما لا يملكه فالمفاوض فيه اجوز
امرًا ومعناه ان الاب يملك كتابة عبد ابنه الصغير واذنه بالتجارة مع انه لا
يملك فيه راسا فلان يملك المفاوض اولى ولا يجوز له ان يعتق شيا من
عبيد التجارة على مال لانه في معنى التبرع لانه يعتق بمجرد القبول ويبقى
البدل في ذمة المفلس قد يسلم اليه وقد لا يسلم فكان في معنى التبرع
ولهذا لا يملكه الاب في مال ابنه ولا يجوز له تزويج العبد لانه ضرر
محض لان المهر والنفقة يتعلقان برقبته وتنتقص به قيمته ويكون ولده
لغيره وكان التزويج ضررا محضا فلا يملكه في ملك غيره ويجوز له ان يزوج الامة
لان تزويج الامة نفع محض لانه يستحق المهر والنفقة والولد ويسقط عنه
نفقتها وتصرف المفاوض نافذ في كل ما يعود نفعه الى مال الشركة سواء
كان من باب التجارة او لا بخلاف الشريك شركة عنان فان نفاذ تصرفه يختص
بالتجارة على اصل ابي حنيفة ومحمد وتزويج الامة ليس من التجارة لان التجارة
معاوضة المال بالمال ولم يوجد فلا ينفذ وعند ابي يوسف ينفذ كتصرف
المفاوض لوجود النفع ويجوز له ان يدفع المال مضاربة لما ذكرنا في الشريك
شركة عنان انه يجوز له ان يستاجر من يعمل في مال الشركة بمال يستحقه الاجير
بيقين فالدفع مضاربة اولى لان المضارب لا يستحق الربح فيها بيقين لجواز
ان يحصل وان لا يحصل ويجوز له ان يشارك شركة عنان في قول ابي يوسف
ومحمد لان شركة العنان اخص من شركة المفاوضة وكانت دونها فجاز
ان تتضمنها المفاوضة كما تتضمن العنان المضاربة لانها دونه فتستتبعها
ولان الاب يملك ذلك في مال ابنه فيملك المفاوض على شريكه بطريق الاولى
على ما بينا وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز له ذلك لانه يوجب للشريك
الثالث حقا في مال شريكه وذلك لا يجوز الا باذنه هذا اذا شارك رجلا شركة

عنان

عنان واما اذا فاوض جاز عليه وعلى شريكه ذكره محمد في الاصل وقال ابو
يوسف لا يجوز وكذلك في رواية الحسن عن ابي حنيفة وجه قول محمد ان
عقد المفاوضة عام فيصير كل واحد منهما كتصرف الاخر ولابي يوسف ان م تصرف م
المفاوضة مثل المفاوضة والشي لا يستتبع مثله ويجوز له ان يرهن ويرتهن
على شريكه لان الرهن ايفا والارتهان استيفا وكل واحد منهما يملك الايفا
والاستيفا فيما عقد صاحبه ويجوز لكل واحد منهما ان يقتضي ما اداناه او
ادانه صاحبه او ما وجب لهما على رجل من غصب او كفالة لان كل واحد منهما
وكيل الاخر فيملك ان يستوفي حقوقه بالوكالة وما وجب على احدهما فللطالب
الدين ان ياخذ كل واحد منهما لان كل واحد منهما كفيل عن الاخر وكل واحد
منهما خصم عن صاحبه يطالب بما على صاحبه وتقام عليه البينة ويستحلف
على علمه فيما هو من ضمان التجارات لان الكفيل خصم فيما يدعى على المكفول
عنه ويستحلف على علمه لانه يمين على فعل الغير وما اشترى احدهما
من طعام لاهله او كسوة او ما لا بد له منه فذلك جائز وهو له خاصة دون
صاحبه والقياس ان يكون المشترى مشتركا بينهما لان هذا مما يصح الاشتراك
فيه كساير الاعيان لكنهم استحسنوا ان يكون له خاصة للضرورة لان
ذلك مما لا بد منه فكان مستثنى من المفاوضة فاختص به المشتري لكن
للبايع ان يطالب بالثمن ايهما شاء وان وقع المشترى الذي اشتراه خاصة
لان هذا مما يجوز فيه الاشتراك وكل واحد منهما كفيل عن الاخر ببدل ما
يجوز فيه الاشتراك الا انهم قالوا ان الشريك يرجع على شريكه بنصف
ثمن ذلك لانه قضى دينا عليه من ماله لا على وجه التبرع لانه التزم ذلك
فيرجع عليه وليس له ان يشتري جارية للوطي او للخدمة بغير اذن الشريك
لان الجارية مما يصح فيها الاشتراك ولا ضرورة تدعو الى الانفراد بملكها فصارت
كساير الاعيان بخلاف الطعام والكسوة فان ثمة ضرورة فاخرجنا عن
عموم الشركة للضرورة ولا ضرورة في الجارية فبقيت داخلة تحت
العموم فان اشترى ليس له ان يطاها ولا لشريكه لانها دخلت في الشركة ها
وكانت بينهما فهي جارية مشتركة بين اثنين فلا يكون لاحدهما ان يطاها
فان اشترى احدهما جارية ليطاها باذن شريكه فهي له خاصة ولم يذكر
في كتاب الشركة ان الشريك يرجع عليه بشي او لا يرجع وذكر في الجامع الصغير
الخلاف فقال عند ابي حنيفة لا يرجع عليه بشي من الثمن وعند ابي يوسف

ومحمد يرجع عليه بنصف الثمن وجه قولهما ان الحاجة الي الوطي متحققة فيلحق
بالحاجة الي الطعام والكسوة فاذا اشتراها لنفسه خاصة وقعت له خاصة
وصارت مستثناة عن عقد الشركة فقد نقد ما ليس لمشترك من مال الشركة
فيرجع عليه شريكه بالنصف ولابي حنيفة ان الاصل في كل ما يحتمل الشركة
اذا اشتراه احد الشريكين ان يقع المشترا مشتركا بينهما من غير اذن جديد
من الشريك بالشرا الا فيما فيه ضرورة وهو ما لا بد منه من الطعام والكسوة
ولا ضرورة في الوطي فوقع المشترا علي الشركة بالاذن الثابت باصل العقد
من غير الحاجة الي اذن اخر فلم يكن الاذن الجديد من الشريك لوقوع المشترا
علي الشركة بدونه وكان للتمليك كانه قال له اشتر جارية بيننا وقد ملكتك م لانه وقع على الشركة م
نصيبي منها وكانت الهبة متعلقة بالشرا فاذا اشترى وقبض صحت
الهبة كما لو قال ان قبضت مالي علي فلان فقد وهبته لك فقبضه يملكه
كذا هذا واذا كان كذلك فقد نقد ثمن الواقع علي الشركة من مال الشركة
فلا يرجع علي شريكه بشي فان اشترى جارية للوطي باذن شريكه فاستولدها
ثم استحقت فعلي الواطي العقر يأخذ المستحق بالعقر ايهما شا اما وجوب
العقر فلا شك فيه لان وطي ملك الغير في دار الاسلام لا يخلوا عن احدى
الغرامتين اما الحد واما العقر وقد تعذر ايجاب الحد لمكان الشبهة
وهي صورة البيع فيجب العقر واما ولاية الاخذ من ايهما شا فلان هذا ضمان
وجب بسبب الشرا والضمان الواجب بسبب الشرا يلزم كل واحد منهما
كالثمن لان الشرا من التجارة وكان هذا ضمان التجارة بخلاف المهر في النكاح
الصحيح والفاسد لانه مال وجب بسبب النكاح والنكاح ليس من التجارة
فلا يدخل في الشركة ولو قال احدهما في بيع باعه الاخر جازت الاقالة
عليهما لما ذكرنا ان الاقالة في معنى الشرا وهو يملك الشرا علي الشركة فيملك
الاقالة ولان الشريك شركة العنان يملك الاقالة فالمفاوض اولي واذا مات
احد المتفاوضين او تفرقا لم يكن للذي لم يل المداينة ان يقبض الدين
لان الشركة بطلت بموت احدهما لانها وكالة والوكالة تبطل بموت
الموكل لبطلان امره بموته وتبطل بموت الوكيل لتعذر تصرفه فتبطل
الشركة فلا يجوز لاحدهما ان يقبض نصيب الاخر لان الشريك هو الذي تولي
العقد ويجوز قبضه في نصيب نفسه لانه موكل فيه وقبض الموكل جائز
استحسانا واما الذي ولي المداينة فله ان يقبض الجميع لانه ملك ذلك بعقد

المداينة

المداينة لكونه من حقوق العقد فلا يبطل بانفساخ الشركة بموت الشريك كما لا يبطل
بالعزل ولو اجر احدهما نفسه في الخياطة او عمل من الاعمال فالاجر بينهما نصفان
وان اجر نفسه للخدمة فالاجر له خاصة لان في الفصل الاول اجر نفسه في عمل
يملك ان يتقبل علي نفسه وعلي صاحبه فاذا عمل فقد اوفي ما عليهما فكانت
الاجرة بينهما وفي الفصل الثاني لا يملك التقبل علي صاحبه بل علي نفسه خاصة
فكانت الاجرة له خاصة قال ابو حنيفة رحمه الله اذا قضي احدهما دينا
كان عليه قبل المفاوضة فهو جايز لانه اذا قضي فقد صار المقضي دينا علي
القاضي اولا ثم يصير قصاصا بماله علي القاضي وكان هذا تمليكا بعوض فيتناوله
عقد الشركة فملكه فجاز القضا وليس لصاحبه سبيل علي الذي قبض
الدين لما ذكرنا ان قبضه قبض مضمون لانه قبض مال الشريك ان يملكه اياه
ويرجع علي شريكه بحصته منه لانه قضي دين نفسه من مال غيره ولا تنتقض
المفاوضة وان ازداد مال احد الشريكين لان الواجب دين وزيادة مال احد
الشريكين اذا كانت دينا لا توجب بطلان المفاوضة كما لا تمنع انعقادها
لما مر ان الدين لا يصلح راس مال الشركة فاذا استرجع ذلك بطلت المفاوضة
لانه ازداد له مال صالح للشركة علي مال شريكه ولو رهن امة من مال المفاوضة
بخمس مائة وقيمتها الف فماتت في يد المرتهن ذهبت بخمس مائة ولا يضمن
ما بقي لان الزيادة امانة في يد المرتهن وكان مودعا في قدر الامانة من
الرهن وللمودع وللمفاوض ان يودع وكذلك وصي ايتام رهن امة لهم باربع
مائة عليه وقيمتها الف فماتت في يد المرتهن ذهبت باربع مائة
وذلك يكون دينا للورثة علي الوصي وهو امين في الفضل وكذلك الاب
يرهن امة ابن له من الرضاعة صغير بدين عليه لان الاب والوصي يملكان
الايداع والزيادة علي قدر الدين من الرهن امانة وكانت وديعة قال الحسن
بن زياد قال ابو حنيفة لو اقرض احد المتفاوضين مالا فاعطاه رجلا
ثم اخذ به سفتجة كان ذلك جايزا عليهما ولا يضمن توي المال او لم يتو وفي
قياس قول ابي يوسف ان الذي اقرض واخذ السفتجة يضمن حصة
شريكه من ذلك وهذا فرع اختلافهم في الكفالة لان الكفيل في حكم المقرض
فاذا جازت الكفالة عند ابي حنيفة جاز القرض وعند ابي يوسف لا تجوز الكفالة
لما فيها من معنى التبرع فكذلك القرض وقال لو ان احد المتفاوضين اذا استاجر
ابلا الي مكة ليحج ويحمل عليها متاع بيته فللمواجر ان يطالب ايهما شا لان المعقود

عليه وهو المنفعة مما يجوز دخوله في الشركة الا ترى انه لو بدا له من حمل متاعه
يحمل عليها متاع الشركة جاز واذا دخل في الشركة كان البدل عليهما فيطالب
شريكه بحكم الكفالة وان وقع ذلك له خاصة كما لو اشترى طعاما لنفسه ان المشترى
يقع له ويطالب الشريك بالثمن كذا هذا ولو اجر احدهما عبدا له ورثه لم يكن
لشريكه ان يقبض الاجرة لانها بدل مال لم يدخل في الشركة فلا يملك قبضه كالدين
الذي وجب له بالميراث واما الشركة بالاعمال فاما العنان منها فلكل واحد
منهما ان يتقبل العمل ومتى تقبل وجب عليه وعلى شريكه لان كل واحد منهما بعقد
الشركة اذن صاحبه بتقبل العمل عليه فصار وكيله فيه كانه تقبل العمل بنفسه
ولصاحب العمل ان يطالب صاحب العمل بكل الاجرة لانه قد لزمه كل العمل فكان — م بالعمل ايهما شاء لوجوبه على كل واحد منهما ولكل واحد منهما ان يطالب م
له المطالبة بكل الاجرة والى ايهما دفع صاحب العمل برئ لانه دفع الى من امر
بالدفع اليه وعلى ايهما وجب ضمان العمل وهو جناية يده كان لصاحب العمل ان
يطالب الاخر به استحسانا كذا روى بشر عن ابي يوسف انه قال اذا جنت يد احدهما — م عن ابي حنيفة صح
فالضمان عليهما جميعا ياخذ صاحب العمل ايهما شاء بجميع ذلك والقياس ان
لا يكون له ذلك وجه القياس ظاهر لان هذه شركة عنان لا شركة مفاوضة
وحكم الشرع في شركة العنان انما يلزم كل واحد منهما بعقده لا يطالب به الاخر
وجه الاستحسان ان هذه شركة ضمان في حق وجوب العمل لان العمل الذي
يتقبله احدهما يجب على الاخر حتى يستحق الاجر به فاذا كانت هذه الشركة
مقتضية وجوب العمل على كل واحد منهما كانت مقتضية وجوب ضمان
العمل فكانت في معنى المفاوضة في حق وجوب الضمان وان لم تكن مفاوضة
حقيقة حتى قالوا في الدين اذا اقر احدهما باجر اجير او حانوت بعد مضي — م بثمن صابون او اشنان او غيرهما انه لا يصدق على صاحبه اذا كان المبيع مستهلكا الا باقراره او بالبينة وكذا اذا اقر احدهما م
مدة الاجارة وان كان المبيع لم يستهلك ومدة الاجارة لم تمض لزمهما جميعا
باقراره وان جحد شريكه كما في شركة العنان مع انه ليس لها حكم المفاوضة
من جميع الوجوه بل من الوجه الذي بينا خاصة وقال ابو يوسف اذا ادعى احدهما — صح
ثوبا فاقر به احدهما وجحد الاخر جاز اقراره على الاخر ويدفع الثوب وياخذ
الاجرة قال وهذا استحسان وليس بقياس لانهما ليسا متفاوضين حتى يصدق
كل واحد منهما على صاحبه بل هما شريكان شركة عنان فلا ينفذ اقراره على
صاحبه فيما في يد صاحبه كشريكي العنان في المال اذا اقر احدهما بثوب من — م وجحد الآخر م
شركتهما انه لا ينفذ اقراره على صاحبه في نصيبه كذا هذا وقد روى ابن سماعة عن
محمد انه اخذ بالقياس في هذه المسئلة وقال ينفذ اقراره في النصف الذي في

يده

يده ولا ينفذ في النصف الذي في يد الشريك ووجهه ما ذكرنا ان الشي في ايديهما — م والشركة شركة عنان واحد شريكي العنان اذا اقر بثوب في ايديهما م
لا ينفذ على صاحبه وانما استحسناها والحقناها بالمفاوضة في حق وجوب
الضمان والمطالبة بالاجرة وفي حق وجوب ضمان العمل فبقي الامر فيما وراء ذلك
على اصل القياس وجه الاستحسان لابي يوسف انه لما ظهر حكم المفاوضة
في هذه الشركة في حق ضمان العمل وهو وجوبه حتى لزم كل واحد منهما كل
العمل ووجب له المطالبة بكل الاجرة ولزمه ضمان ما حدث على شريكه يظهر — م وعليه بكل العمل م
في محل العمل ايضا فينفذ اقراره بمحل العمل على صاحبه وان عمل احدهما دون
الاخر بان مرض او سافر او بطل فالاجر بينهما على ما شرطا لان الاجر في هذه
الشركة انما يستحق بضمان العمل لا بالعمل لان العمل قد يكون منه وقد يكون
من غيره كالقصار والخياط اذا استعان برجل على القصارة والخياطة انه
يستحق الاجر وان لم يعمل لوجود ضمان العمل منه وها هنا شرطا العمل
عليهما فاذا عمل احدهما يصير الشريك القابل عاملا لنفسه في النصف
ولشريكه في النصف الاخر ويجوز شرط التفاضل في الكسب اذا شرطا التفاضل
في الضمان بان شرطا لاحدهما ثلثي الكسب وهو الاجر وللاخر الثلث وشرطا
العمل عليهما كذلك سوا عمل الذي شرط له الفضل او لم يعمل بعد ان شرطا
العمل عليهما لان استحقاق الاجر في هذه الشركة بالضمان لا بالعمل بدليل
انه لو عمل احدهما استحق الاخر واذا كان استحقاق اصل الاجر باصل — م الاجر م
ضمان العمل لا بالعمل كان استحقاق زيادة الاجر بزيادة العمل وحكى عن — م الضمان لا بزيادة م
الكرخي انه علل في هذه المسئلة فقال المنافع لا تتقوم الا بالعقد والشريك
قد قومها بمقدار ما شرط لنفسه فلا يستحق الزيادة عليها وهذا يشير الى
ان الاستحقاق بالعمل ورد عليه الجصاص وقال هذا لا يصح بدليل انه لو شرط
فضل الاجرة لاقلهما عملا بان شرطا ثلثي الاجرة له جاز فدل ان استحقاق
فضل الاجرة بفضل الضمان لا بفضل العمل ولو شرطا التفاضل في الاجرة
وجعلاها اثلاثا ولم يبينا العمل او نصفين فهو جائز لانهما لما شرطا التفاضل
في الكسب ولا يصح ذلك الا بشرط التفاضل في العمل كان ذلك اشتراطا للتفاضل
في العمل تصحيحا للتصرف عند امكان التصحيح ولو شرطا الكسب اثلاثا وشرطا
العمل نصفين لم يجز لان فضل الاجرة لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان والربح
لا يستحق الا باحد هذه الاشيا واما الوضيعة فلا تكون بينهما الا على قدر
الضمان حتى لو شرطا ان ما يتقبلانه فثلثاه على احدهما بعينه وثلثه على الاخر

والوضيعة بينهما نصفان كانت الوضيعة باطلة والقبالة بينهما على ما شرطا
على كل واحد منهما لان الربح اذا انقسم على قدر الضمان كانت الوضيعة على قدر
الضمان ايضا لانه لا يجوز اشتراط زيادة الضمان في الوضيعة في موضع يجوز
اشتراط زيادة الربح فيه لاحدهما وهو الشركة بالاموال حتى لا تكون الوضيعة
فيها الا بقدر المال ففي موضع لا يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لاحدهما اولى ان لا
يجوز ان تكون الوضيعة فيه الا على قدر الضمان اولى والله الموفق واما
المفاوضة منها فما لزم احدهما بسبب هذه الشركة يلزم صاحبه ويطالب
به من ثمن صابون او اشنان او اجر اجير او حانوت ويجوز اقرار احد
الشريكين بالدين عليه وعلى شريكه فما لزم احدهما بسبب هذه الشركة يلزم
صاحبه من ثمن وعمل وللمقر له ان يطالب ايهما شاء لان كل واحد منهما كفيل
عن صاحبه فيلزم المقر باقراره والشريك بكفالته ولو ادعى على احدهما
ثوب فايدهما فاقر به وجحد صاحبه يصدق على صاحبه وينفذ اقراره
عليه والله اعلم واما الشركة بالوجوه فالعنان منها والمفاوضة في
جميع ما يجب لهما وما يجب عليهما الفاسدة وهي التي فاتها شرط من شرايط
الصحة فلا تفيد شيا مما ذكرنا لان احد الشريكين ان عمله بالشركة الصحيحة
والربح فيها على قدر المالين لانه لا يجوز ان يكون الاستحقاق فيها بالشرط
لان الشرط لم يصح فالتحق بالعدم فبقي الاستحقاق بالمال فيتقدر بقدر
المال ولا اجر لاحدهما على صاحبه عند نا وفي قول الشافعي رحمه الله اجره
فيما عمل لصاحبه وهذا غير سديد لانه استحق الربح بعمله فلا يستحق
الاجر والله اعلم فصل واما صفة عقد الشركة فهي انه عقد
جايز غير لازم حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ وان كان غايبا ولم يبلغه
الفسخ لم يجز الفسخ ولم ينفسخ العقد لان الفسخ من غير علم صاحبه اضرار
بصاحبه ولهذا لم يصح عزل الوكيل من غير علمه مع ان الشركة تتضمن
الوكالة وعلم الوكيل بالعزل شرط جواز العزل فكذا في الوكالة التي تضمنتها
الشركة وعلى هذا الاصل في الحسن بن زياد اذا شارك احد شريكي العنان
رجلا شركة مفاوضة انه ان كان بغير حضرة من شريكه لم تكن مفاوضة
وان كان بمحضر منه صحت المفاوضة لان المفاوضة مع غيره تتضمن فسخ
العنان وهو لا يملك الفسخ مع غيبته ويملك عند حضرته وهل يشترط ان
يكون مال الشركة عينا وقت الشركة لصحة الفسخ وهي ان يكون دراهم او

الشركة بالاعمال

الشركة بالوجوه

م وما يجوز فيه فعل احدهما على شريكه وما لا يجوز بمنزلة شريكي العنان والمفاوضة في الاموال واما الشركة ص

م الا ان من شرط جواز الفسخ ان يكون بحضرة صاحبه اي بعلمه حتى لو فسخ بمحضر من صاحبه جاز الفسخ وكذا لو كان صاحبه غايبا وعلم بالفسخ ص

واما ما يبطل به عقد الشركة فما يبطل به نوعان احدهما يعم الشركات كلها والثاني يخص البعض دون البعض اما الذي يعم الكل فانواع منها الفسخ من احد الشريكين لانه عقد جايز غير لازم فكان محتملا للفسخ فاذا فسخه احدهما عند وجود شرط الفسخ ينفسخ ومنها موت احدهما ايهما كان لبطلان الملك واهلية التصرف بالموت سواء علم بموته صاحبه اولم يعلم لان كل واحد منهما وكيل صاحبه وموت الموكل يكون عزلا للوكيل علم به اولم يعلم لانه عزل حكمي فلا يتوقف على العلم ومنها ردة احدهما مع اللحاق بدار الحرب لان الردة مع اللحوق بدار الحرب بمنزلة الموت ومنها جنونه جنونا مطبقا لان به يخرج الوكيل عن الوكالة وجميع ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يبطل به عقد الشركة لان الشركة تتضمن الوكالة على نحو ما فصلنا في كتاب الوكالة واما الذي يخص البعض فانواع منها هلاك المالين او احدهما قبل الشراء في الشركة بالاموال سواء كان المالان من جنسين او من جنس واحد قبل الخلط لان الدراهم والدنانير يتعينان في الشركات فاذا هلكت فقد هلك ما تعلق العقد بعينه قبل انبرام العقد وحصول المقصود به فيبطل العقد الى اخره

دنانير ذكر الطحاوي انه شرط حتى لو كان مال الشركة عروضا وقت الفسخ
لا يصح الفسخ ولا تنفسخ الشركة ولا رواية عن اصحابنا في الشركة وفي المضاربة
رواية وهي ان رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فانه ينظر ان كان مال المضاربة وقت
النهي دراهم او دنانير صح النهي لكن له ان يصرف الدراهم الى الدنانير والدنانير
الى الدراهم لانهما في الثمنية كجنس واحد فكانه لم يشتر بها شيا وليس له
ان يشتري بها عروضا وان كان راس المال عروضا فلا يصح نهيه لانه
يحتاج الى بيعها ليظهر الربح فكان الفسخ ابطالا لحقه في التصرف فجعل
الطحاوي الشركة بمنزلة المضاربة وبعض مشايخنا فرق بين الشركة
والمضاربة فقال يجوز فسخ الشركة وان كان راس المال عروضا ولا يجوز
فسخ المضاربة لان مال الشركة في ايديهما جميعا وولاية التصرف لهما
لرب المال فلا يملك رب المال نهيه بعد ما صار المال عروضا والله اعلم
فصل واما بيان ما يبطل به عقد الشركة فما يبطل به نوعان احدهما
يعم الانواع كلها والثاني يخص البعض دون البعض اما الاول فنوعان ايضا
احدهما الفسخ من احد الشريكين لانه عقد جايز غير لازم فاذا فسخ
عند وجود شرط الفسخ وهو ما ذكرنا ينفسخ والثاني موت احد
الشريكين ايهما مات انفسخت الشركة لبطلان الملك واهلية التصرف
بالموت سوا علم صاحبه بموته او لم يعلم لان كل واحد منهما كان وكيل صاحبه
وموت الموكل يكون عزلا للوكيل علم به او لم يعلم لان هذا عزل حكمي فلا يتقف
على العلم واما الذي يخص البعض دون البعض فهلاك المالين او هلاك احدهما
قبل الشرا في الشركة بالاموال من جنسين او جنس واحد قبل الخلط لان الدراهم
والدنانير يتعينان في الشركات فقد هلك ما تعلق العقد بعينه قبل ابرام
العقد وحصول المقصود به فيبطل العقد بخلاف ما اذا اشترى بدراهم
معينة شيا ثم هلكت الدراهم ان العقد لا يبطل لان الدراهم والدنانير لا تتعين
في المعاوضات ثم انما لم تتعين الدراهم والدنانير في الشركات لانهما جعلا
ثمنين فلو تعينا في المعاوضات لانقلبا مثمنين لان المثمن اسم لعين
يقابله عوض فلو تعينت الدراهم والدنانير في المعاوضة لكان عينا يقابله العوض
فكان مثمنا وفيه تغيير حكم الشرع لانه لا يقابلها عند انعقاد الشركة عليهما
عوض ولهذا يتعينان في الهبة والوصايا بخلاف المضاربة والوكالة المفردة
عن الشركة انهما لا يتعينان في هذين العقدين وان لم يكن التعيين فيهما تغييرا

فرق الشركة والمضاربة

م لهما جميعا فيملك كل واحد منهما نهي صاحبه عنها كان المال او عروضا فاما مال المضاربة ففي يد المضارب وولاية التصرف ص
واما ما يبطل به عقد الشركة

م في المعاوضات وتعين ص

م فلا يكون ثمنا م
ه فلم تتعين وليس في تعينهما في باب الشركة تغيير حكم الشرع ص

لحكم الشرع وهو جعلهما مثمنين لما لا عوض للحال يقابلهما لان كل واحد من
العقدين وقع وسيلة الى الشرا والوسيلة الى الشي حكمه حكم ذلك الشي فجعل
حكمهما في حق المنع من تعيين الدراهم والدنانير حكم الشرا فلم يتعينا بالعقد
والاشارة بل يتعينان بالعقد والاشارة بالقبض كما في الشرا بخلاف الشركة
فانهما وان وقعت وسيلة الى الشرا لكن لا بد مع هذا من سبب يوجب
تعيين راس المال لما مر ولا يمكن جعل القبض معينا لراس المال لانه لا وجه
الى ايجاب القبض فيهما للتعيين راس المال لان العمل فيهما مشروط من
الشريكين وكون العمل مشروطا من رب المال يوجب ان يكون راس
المال في يده ليمكنه العمل وكون عمل الاخر مشروطا يوجب التسليم اليه
ليتمكن من العمل فلا يجب التسليم للتعارض ولا بد من سبب يوجب تعين ما تعلق به العقد م
وليس وراء القبض الا العقد فاذا لم يمكن ايجاب القبض جعل العقد موجبا
تعينهما وان كان وسيلة الى الشرا لكن هذه الضرورة اوجبت استبداده
بحكم غير حكم ما جعل هو وسيلة له فاما في الوكالة المفردة والمضاربة
فعمل رب المال ليس بمشروط بل لو شرط ذلك لاوجب فسادها فامكن
جعل القبض سببا للتعيين فلا حاجة الى جعل العقد سببا فلم يوجب العقد
التعيين الحاقا له بالشرا ثم اذا هلك احد المالين قبل الشرا يهلك من صاحبه لان مال م
الهالك مال احدهما بعينه وانه امانة في يد صاحبه فيهلك على صاحبه بخلاف
ما اذا كان راسا المالين من جنس واحد وخلطاه ثم هلكا انه يهلك مشتركا
لانا لا نستيقن ان الهالك ملك احدهما والله الموفق ومنها فوات المساواة
بين راسي المال في شركة المفاوضة بالمال بعد وجودها في ابتدا العقد لان
وجود المساواة بين المالين كما هو شرط انعقاد هذا العقد على الصحة
فبقاوها شرط بقايها وعلى هذا يخرج ما اذا تفاوضا والمال مستو ثم ورث
احدهما مالا تصح فيه الشركة من الدراهم والدنانير وصار ذلك في يده انه
تبطل المفاوضة لبطلان المساواة التي هي معنى العقد وان ورث عروضا لا
تبطل وكذا لو ورث ديونا لا تبطل ما لم يقبض الديون لانها قبل القبض
لا تصلح مال الشركة وكذا لو ازداد احد المالين على الاخر قبل الشرا بان كان راس م
احدهما دراهم والاخر دنانير فازدادت قيمة احدهما قبل الشرا بطلت
المفاوضة لما قلنا لان عقد الشركة يقف تمامه على الشرا فكان الموجود قبل
الشرا كالموجود وقت العقد كالبيع لما كان تمامه بالقبض كان هلاك المبيع قبل

القبض

القبض كهلاكه وقت العقد والزيادة وقت العقد تمنع من الانعقاد فاذا
طرت عليه يبطله قال محمد رحمه الله وكذلك لو اشترى باحد المالين ثم
ازداد الاخر لان الشركة لا تتم ما لم يشتر بالمال فصار كان الزيادة كانت بطلت الشركة صح
وقت العقد وان زاد المال المشترى في قيمته كانت المفاوضة بحالها لان
تلك الزيادة حدثت على ملكهما لانها ربح في راس المال المشترى فلا يفضل
احدهما على الاخر قال محمد رحمه الله القياس اذا اشترى باحد المالين قبل
صاحبه ان تنتقض المفاوضة لان الالف التي لم يشتر بها بقيت على ملك
صاحبها وقد ملك صاحبها نصف ما اشتراه الاخر فصار ماله اكثر فينبغي
ان تبطل المفاوضة الا انهم استحسنوا وقالوا لا تبطل لان الذي اشترى وجب
له على شريكه نصف الثمن دينا فلم يفضل المال فلا تبطل المفاوضة
والله اعلم بالصواب

كتاب المضاربة

يحتاج
في هذا الكتاب الى معرفة جواز هذا العقد والى معرفة ركنه والى معرفة
شرايط الركن والى معرفة حكمه والى معرفة صفة العقد والى معرفة
ما يبطل به ومعرفة حكمه اذا بطل والى بيان حكم اختلاف رب المال
والمضارب اما الاول فالقياس انه لا يجوز لانه استيجار ~~لانه استيجار~~
باجر مجهول بل باجر معدوم ولعمل مجهول لكنا تركنا القياس
بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى واخرون يضربون
في الارض يبتغون من فضل الله والمضارب يضرب في الارض يبتغي من
فضل الله وقوله تعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا وابتغوا من فضل في الارض م
الله وقوله ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم واما السنة فما
روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال كان العباس بن عبد المطلب اذا
دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه ان لا يسلك به بحرا ولا ينزل به واديا
ولا يشتري به ذات كبد رطبة فان فعل ذلك ضمن قال فبلغ رسول الله صلى شرطه م
الله عليه وسلم فاجاز شرطه وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس
يتعاقدون المضاربة فلم ينكر عليهم وذلك تقرير منه على ذلك والتقرير
احد وجوه السنة واما الاجماع فانه روي عن جماعة من الصحابة رضي
الله عنهم انهم دفعوا مال اليتيم مضاربة منهم عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن
مسعود وعبد الله بن عمر وعبيد الله بن عمر وعايشة ولم ينقل انه انكر
عليهم من اقرانهم احد ومثله يكون اجماعا وروي ان عبد الله وعبيد الله ابنا

عمر رضي الله عنهم قدما العراق وابو موسى الاشعري امير بها فقال لهما لو
كان عندي فضل لاكرمتكما ولكن عندي مال لبيت المال ادفعه اليكما
فابتاعا به متاعا واحملاه الى المدينة وبيعاه وادفعا ثمنه الى امير المومنين
فلما قدما المدينة قال لهما عمر رضي الله رضي الله عنه هذا مال المسلمين فاجعلا
ربحه لهم فسكت عبد الله وقال عبيد الله ليس له ذلك لو هلك منا
لضمنا فقال بعض الصحابة يا امير المومنين اجعلهما كالمضاربين في المال
لهما النصف ولبيت المال النصف فرضي بذلك عمر رضي الله عنهم وعلى
هذا تعامل الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا
في ساير الاعصار من غير انكار من احد واجماع اهل كل عصر حجة
يترك به القياس ونوع من القياس يدل على الجواز ايضا وهو ان الناس
يحتاجون الى عقد المضاربة لان الانسان قد يكون له مال لكنه لا
يهتدي الى التجارة وقد يهتدي الى التجارة لكنه لا مال له فكان في شرع
هذا العقد دفع الحاجتين والله تعالى ما شرع العقود الا لمصالح العباد
ودفع حوايجهم فصل واما ركن العقد فالايجاب والقبول
وذلك بالفاظ تدل عليه فالايجاب هو لفظ المضاربة والمقارضة
والمعاملة وما يودي معاني هذه الالفاظ بان يقول رب المال خذ هذا
المال مضاربة على ان ما رزق الله تعالى او اطعم الله تعالى منه من ربح فهو
بيننا على كذا من نصف او ثلث او ربع او غير ذلك من الاجزا المعلومة وكذا
اذا قال مقارضة او معاملة ويقول المضارب اخذت او رضيت او
قبلت او نحو ذلك فيتم الركن بينهما اما لفظ المضاربة فصريح ماخوذ
من الضرب في الارض وهو السير فيها سمي هذا العقد به لان المضارب
يسير في الارض ويسعى فيها لابتغا الفضل وكذا لفظ المقارضة صريح
في عرف اهل المدينة لانهم يسمون المضاربة مقارضة كما يسمون
الاجارة بيعا ولان المقارضة ماخوذة من القرض وهو القطع سميت
المضاربة مقارضة لما ان رب المال يقطع يده عن راس المال ويجعله
في يد المضارب والمعاملة لفظ يشتمل على البيع والشرا وهذا معنى هذا
العقد ولو قال خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله تعالى من شي
فهو بيننا على كذا ولم يزد على هذا فهو جايز لانه اتى بلفظ يودي معنى
هذا العقد والعبرة في العقود لمعانيها لا الصور الالفاظ حتى ينعقد البيع

بلفظ

بلفظ التمليك بلا اختلاف وينعقد النكاح بلفظ البيع والهبة والتمليك
عندنا وذكر في الاصل لو قال خذ هذه الالف فابتع بها متاعا فما كان من
فضل فلك النصف ولم يزد على هذا فقبل هذا مضاربة استحسانا — كان م
والقياس ان لا يكون مضاربة وجه القياس انه ذكر الشرا ولم يذكر البيع
ولا يتحقق معنى المضاربة الا بالشرا والبيع وجه الاستحسان انه ذكر
الفضل ولا يحصل الفضل الا بالشرا والبيع فكان ذكر الابتياع ذكرا للبيع
والشرا وهذا معنى المضاربة ولو قال خذ هذه الالف بالنصف ولم يزد
عليه كان مضاربة استحسانا والقياس ان لا يكون لانه لم يذكر الشرا
والبيع فلا يتحقق معنى المضاربة وجه الاستحسان انه لما ذكر الاخذ
والاخذ ليس عملا يستحق به العوض وانما يستحق بالعمل في الماخوذ وهو
الشرا والبيع فيتضمن ذكره ذكر الشرا والبيع ولو قال خذ هذا المال فاشتر
به هرويا بالنصف او رقيقا بالنصف ولم يزد على هذا شيا فاشترى كما امر
فهذا فاسد وللمشتري اجر مثل عمله فيما اشترى وليس له ان يبيع ما
اشترى الا بامر رب المال لانه ذكر الشرا ولم يذكر البيع ولا ذكر ما يوجب
ذكر البيع ليحمل على المضاربة فحمل على الاستيجار على الشرا باجر مجهول
وذلك فاسد فاذا اشترى كما امر فالمستاجر استوفى منافعه بعقد — امثله م
فاسد فاستحق اجر عمله وليس له ان يبيع ما اشترى من غير اذن الامر
لانه امره بالشرا لا بالبيع فكان المشترى له فلا يجوز بيعه من غير اذنه
فلو باع شيا لا ينفذ بيعه من غير اجازة رب المال ويضمن قيمته ان لم
يقدر على عينه لانه صار متلفا مال الغير بغير اذنه وان اجاز رب المال
البيع والمتاع قايم جاز والثمن لرب المال لان عدم الجواز لحقه فاذا اجاز
فقد زال المانع وكذلك ان كان لا يدري حاله انه قايم او هالك فاجاز جاز
لان الاصل هو بقا المبيع حتى يعلم هلاكه وانما شرط قيام المبيع لانه شرط
صحة الاجازة لما عرف ان ما لا يكون محلا لانشا العقد عليه لا يكون محلا
لاجازة العقد فيه وان علم انه هالك فالاجازة باطلة لما ذكرنا وروى بشر
عن ابي يوسف في رجل دفع الى رجل الف درهم ليشتري بها ويبيع فما
ربح فهو بينهما فهذه مضاربة ولا ضمان على المدفوع اليه المال ما لم يخالف
لانه لما ذكر الشرا والبيع فقد اتى بمعنى المضاربة وكذلك لو شرط عليه ان
الوضيعة علي وعليك فهذه مضاربة والربح بينهما والوضيعة على رب

المال لان شرط الوضيعة على المضارب شرط فاسد فيبطل الشرط وتبقي
المضاربة وروي علي بن الجعد عن ابي يوسف لو ان رجلا دفع الي رجل الف
درهم ولم يقل مضاربة ولا بضاعة ولا قرضا ولا شركة وقال ما ربحت فيها
فبيننا فهذه مضاربة لان الربح لا يحصل الا بالشرا والبيع فكان ذكر الربح
ذكرا للشرا والبيع وهذا معنى المضاربة ولو قال خذ هذه الالف على ان لك
نصف الربح او ثلثه ولم يزد على هذا فالمضاربة جايزة قياسا واستحسانا
وللمضارب ما شرط وما بقي فلرب المال والاصل في جنس هذه المسايل
ان رب المال انما يستحق الربح لانه نما ماله لا بالشرط فلا يفتقر استحقاقه
الي الشرط بدليل انه اذا فسد الشرط كان جميع الربح له والمضارب لا
يستحق الا بالشرط لانه انما يستحق بمقابلة عمله والعمل لا يتقوم الا بالعقد
واذا عرف هذا فنقول في هذه المسلة اذا سمي للمضارب جزءا معلوما من
الربح فقد وجد في حقه ما يفتقر الي استحقاقه الربح فيستحقه والباقي
يستحقه رب المال بماله ولو قال خذ هذا المال مضاربة على ان لي
نصف الربح ولم يزد على هذا فالقياس ان تكون المضاربة فاسدة وهو
قول الشافعي ولكنها جايزة استحسانا ويكون للمضارب النصف وجه
القياس ان رب المال لم يجعل للمضارب شيا معلوما من الربح وانما سمي
لنفسه النصف فقط وتسميته لنفسه لغو لعدم الحاجة اليها فكان
ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة وانما الحاجة الي التسمية في حق
المضارب ولم يوجد فلم تصح المضاربة وجه الاستحسان ان المضاربة
تقتضي الشركة في الربح فكانت تسمية احد النصفين لنفسه تسمية
الباقي للمضارب كانه قال خذ هذا المال مضاربة على ان لك النصف
كما في ميراث الابوين في قوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه
الثلث لما كان ميراث الميت لابويه وقد جعل الله تعالى للام منه الثلث
كان ذلك جعلا للاب الثلثين كذا هاهنا ولو قال على ان لي نصف الربح ولك
ثلثه ولم يزد على هذا فالثلث للمضارب والباقي لرب المال لان استحقاق
المضارب الربح بالشرط واستحقاق رب المال لكونه نما ماله فاذا
سلم المشروط للمضارب بالشرط يسلم المسكوت عنه وهو الباقي لرب
المال لكونه نما ماله ولو قال رب المال على ان ما رزق الله تعالى
فهو بيننا جاز ذلك وكان الربح بينهما نصفين لان البين كلمة قسمة والقسمة

تقتضي المساواة اذا لم يبين فيها مقدار معلوم قال الله تعالى ونبيهم ان الما
قسمة بينهم وقد فهم منها التساوي في الشرب قال الله تعالى قال هذه
ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم هذا اذا شرط جزءا من الربح في
عقد المضاربة لاحدهما اما المضارب واما رب المال وسكت عن الاخر
فاما اذا شرط لهما ولغيرهما بان شرط فيه الثلث للمضارب والثلث
لرب المال والثلث لثالث سواهما فان كان الثالث اجنبيا او كان ابن
المضارب وشرط عليه العمل جاز وكان الربح بينهم اثلاثا وان لم يشرط
عليه العمل لم يجز وما شرط له يكون لرب المال لان الربح لا يستحق
في المضاربة من غير عمل ولا مال فكان المشروط له كالمسكوت عنه وان
كان الثالث عبد المضارب فان كان عليه دين فكذلك عند ابي حنيفة ان
شرط عمله لان المضارب لا يملك كسبه عنده فكان كالاجنبي وان لم يشترط
عمله فما شرط له فهو لرب المال لما ذكرنا في الاجنبي وعند ابي يوسف ومحمد
المشروط له يكون للمضارب لان المولى يملك كسبه عندهما كما يملك لو
لم يكن عليه دين وان كان الثالث عبد رب المال فهو على هذا التفصيل ايضا
ان كان عليه دين فان شرط عمله فهو كالاجنبي عند ابي حنيفة لان المولي
لا يملك اكسابه وان لم يشرط عمله فما شرط له فهو لرب المال
لما قلنا وعندهما ما شرط له فهو مشروط لمولاه عمل او لم يعمل لان المولي
يملك كسبه سوا كان عليه دين او لم يكن فان لم يكن على العبد دين ففي
عبد المضارب الثلثان للمضارب والثلث لرب المال لانه اذا لم يكن عليه
دين فالملك يثبت للمولي فكان المشروط له مشروطا للمولي فصار كانه شرط
للمضارب الثلثين وفي عبد رب المال الثلث للمضارب والثلثان لرب
المال لان المشروط له يكون مشروطا لمولاه اذا لم يكن عليه دين فصار كان
رب المال شرط لنفسه الثلثين وعلى هذا اذا لو شرط ثلث الربح للمضارب
والثلث لقضاء دين المضارب والثلث لرب المال ان الثلثين وبعضها يرجع الي راس المال
وبعضها يرجع الي الربح اما الذي يرجع الي العاقدين فاهلية التوكيل
والوكالة لان المضارب يتصرف بامر رب المال وهذا معنى التوكيل
وقد ذكرنا شرايط اهلية التوكيل والوكالة في كتاب الوكالة ولا يشترط
اسلامهما لجواز المضاربة فتصح المضاربة بين اهل الذمة وبين المسلم والذمي
والحربي والمستامن حتى لو دخل حربي دار الاسلام بامان فدفع ماله الي

للمضارب والثلث لرب المال وكذا لو شرط ثلث الربح للمضارب والثلث لرب المال والثلث لقضاء دين رب المال ان الثلثين لرب المال والثلث للمضارب لان المشروط لقضاء دين كل واحد منهما مشروط له

فصل

واما شرايط الركن فانواع بعضها يرجع الي العاقدين وهما رب المال والمضارب

مسلم مضاربة او دفع اليه مسلم مالا مضاربة فهو جايز لان المستامن في
دارنا بمنزلة الذمي والمعاملة مع الذمي مضاربة جايزة كذا مع الحربي
المستامن فان كان المضارب هو المسلم فدخل دار الحرب بامان فعمل
بالمال فهو جايز لانه دخل دار رب المال فلم يوجد بينهما اختلاف
الدارين وصار كانهما في دار واحدة وان كان المضارب هو الحربي فرجع
الى دار الحرب فان كان بغير اذن رب المال فعمل بالمال بطلت المضاربة
وان كان باذنه فذلك جايز ويكون على المضاربة ويكون الربح بينهما على ما شرطا
ان رجع الى دار الاسلام مسلما او معاهدا او بامان استحسانا والقياس
ان تبطل المضاربة وجه القياس انه لما عاد الى دار الحرب بطل امانه
وعاد الى حكم الحرب كما كان فبطل امر رب المال عند اختلاف
الدارين واذا تصرف فيه فقد تعدى بالتصرف فملك ما تصرف فيه
وجه الاستحسان انه لما دخل بامر رب المال صار كان رب المال
معه ولو دخل رب المال معه الى دار الحرب لم تبطل المضاربة كذا اذا
دخل بامره بخلاف ما اذا دخل بغير امره لانه لما لم ياذن له بالدخول
انقطع حكم رب المال عنه فصار تصرفه لنفسه فملك ما تصرف فيه
وقد قالوا في المسلم اذا دخل دار الحرب بامان فدفع اليه حربي مالا
مضاربة فربح مايه درهم ان هذا على قياس قول ابي حنيفة ومحمد جايز
فان اشترى المضارب على هذا وربح او وضع فالوضيعة على ربح رب
المال والربح على ما اشترط ويستوفي المضارب مايه درهم والباقي
لرب المال وان لم يكن في المال من الربح الا مايه فهي كلها للمضارب
وان كان اقل من مايه فكذلك للمضارب ايضا ولا شي للمضارب على رب
المال لان رب المال لم يشترط المايه الدرهم الا من الربح فاما في قول
ابي يوسف فالمضاربة فاسدة وللمضارب اجر مثله وهذا فرع اختلافهم
في جواز الربا في دار الحرب واما الذي يرجع الى راس المال فمنها ان يكون
راس المال من الدراهم والدنانير عند عامة العلما فلا تجوز المضاربة بالعروض
وعند مالك هذا ليس بشرط وتجوز المضاربة بالعروض والصحيح قول
العامة لما ذكرنا في كتاب الشركة ان الربح على ما يتعين بالتعيين ربح ما
لم يضمن لان العروض تتعين عند الشرا بها والمعين غير مضمون حتى لو
هلكت قبل التسليم لا شي على المضارب فالربح عليها يكون ربح ما لم يضمن

ونهى

ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وما لا يتعين يكون
مضمونا عند الشرا به حتى لو هلك العين قبل التسليم فعلى المشتري به مثله
من الربح وكان الربح على ما في مثله فيكون ربح المضمون ولان المضاربة بالعروض
تودي الى جهالة الربح وقت القسمة لان قيمة العروض تعرف بالحزر والظن
وتختلف باختلاف المقومين والجهالة تفضي الى المنازعة والمنازعة تفضي
الى الفساد وهذا لا يجوز وقد قالوا انه لو دفع اليه عروضا فقال له بعها واعمل
بثمنها مضاربة فباعها بدراهم او دنانير وتصرف فيها جاز لانه لم يضف
المضاربة الى العروض بل الى الثمن والثمن يصح به المضاربة فان باعها بمكيل
او موزون تجاز البيع عند ابي حنيفة بنا على اصله في الوكيل بالبيع مطلقا انه
يبيع بالاثمان وغيرها الا ان المضاربة فاسدة لانها صارت مضافة الى ما لا
تصح المضاربة به وهو الحنطة والشعير واما على اصلهما فالبيع لا يجوز
لان الوكيل بالبيع مطلقا لا يملك البيع بغير الاثمان ولا تفسد المضاربة لانها
لم تصر مضافة الى ما لا يصلح راس مال المضاربة واما تبر الذهب والفضة
فقد جعله في هذا الكتاب بمنزلة العروض وجعله في كتاب الصرف بمنزلة
الدراهم والدنانير والامر فيه موكول الى التعامل فان كان الناس يتعاملون به
فهو بمنزلة الدراهم والدنانير فتجوز المضاربة به وان كانوا لا يتعاملون به فهو
كالعروض فلا تجوز المضاربة به واما الزيوف والنبهرجة فتجوز المعاملة
بها ذكره محمد لانها لا تتعين بالعقد كالجياد فاما الستوقة فان كانت لا
تروج فهي كالعروض وان كانت تروج فهي كالفلوس وذكر ابن سماعة
عن ابي يوسف في الدراهم البخارية انه لا تجوز المضاربة بها لانها كسدت
عندهم وصارت سلعة قال ولو اجزت المضاربة بها اجزتها بالطعام ببلخ
لانهم يتبايعون بالحنطة كما يتبايع غيرهم بالفلوس واما الفلوس فقد ذكرنا
الكلام فيها في كتاب الشركة والحاصل ان في جواز المضاربة بها روايتين
عن ابي حنيفة ذكر محمد في المضاربة الكبيرة وفي الجامع الصغير انه لا تجوز
المضاربة الا بالدراهم والدنانير عند ابي حنيفة وروى الحسن عن ابي حنيفة
انها تجوز والصحيح من مذهب ابي يوسف انها لا تجوز وعند محمد تجوز بنا
على ان الفلوس لا تتعين بالتعيين عنده فكانت اثمانا كالدراهم والدنانير وعند ابي
حنيفة وابي يوسف تتعين فكانت كالعروض ومنها ان يكون معلوما فان
كان مجهولا لا تصح المضاربة لان جهالة راس المال تودي الى جهالة الربح وكون

الربح مجهولا معلوما شرط صحة المضاربة ومنها ان يكون راس مال المضاربة
عينا لا دينا فان كان دينا فالمضاربة فاسدة وعلى هذا يخرج ما اذا كان لرب
المال على رجل دين فقال له اعمل بديني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف
ان المضاربة فاسدة بلا خلاف فان اشترى هذا المضارب وباع له ربحه وعليه
وضيعته والدين في ذمته بحاله عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد ما
اشترى وباع لرب المال له ربحه وعليه وضيعته بنا على ان من وكل رجلا
يشتري له بالدين الذي في ذمته لم يصح عند ابي حنيفة حتى لو اشترى لا يبرا
عما في ذمته عنده واذا لم يصح الامر بالشرا بما في ذمته لم يصح اضافة
المضاربة الى ما في الذمة وعندهما يصح التوكيل ولكن لا تصح المضاربة
لان الشرا يقع للموكل فتصير المضاربة بعد ذلك مضاربة بالعروض
لانه يصير في التقدير كانه وكل بشرا العروض ثم دفعه اليه مضاربة
فيصير مضاربة بالعروض فلا يصح ولو قال لرجل اقبض مالي على فلان
من الدين واعمل به مضاربة جاز لان المضاربة هاهنا اضيفت الى المقبوض
فكان راس المال عينا لا دينا ولو اضاف المضاربة الى عين هي امانة في يد المضارب
من الدراهم والدنانير بان قال للمودع او المستبضع اعمل بما في يدك مضاربة
بالنصف جاز ذلك بلا خلاف وان اضافها الى مضمون في يده كالدراهم والدنانير
المغصوبة فقال للغاصب اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك عند
ابي يوسف والحسن بن زياد وقال زفر لا يجوز وجه قوله ان المضاربة
تقتضي كون المال امانة في يد المضارب والمغصوب مضمون في يده فلا يتحقق
التصرف للمضاربة فلا يصح ولابي يوسف ان ما في يده مضمون الى ان
ياخذ في العمل فاذا اخذ في العمل وهو الشرا يصير امانة في يده فيتحقق
معنى المضاربة فتصح وسوا كان راس المال مفرزا او مشاعا بان دفع مالا
الى رجل بعضه مضاربة وبعضه غير مضاربة مشاعا في المال فالمضاربة
جايزة لان الاشاعة لا تمنع من التصرف في المال فان المضارب يتمكن من
التصرف في المشاع وكذا الشركة لا تمنع المضاربة فان المضارب اذا ربح يصير
شريكا في المال ويجوز تصرفه بعد ذلك على المضاربة فاذا لم تمنع البقا
لا تمنع الابتدا وعلى هذا يخرج ما اذا دفع الى رجل الف درهم فقال نصفها عليك
قرض ونصفها مضاربة ان ذلك جايز اما جواز المضاربة فلما قلنا واما
جواز القرض في المشاع وان كان القرض تبرعا والمشاع يمنع من صحة التبرع كالهبة

فلان القرض ليس بتبرع مطلق لانه وان كان في الحال تبرعا لانه لا يقابله عوض
للحال فهو تمليك المال بعوض في الثاني الا ترى ان الواجب فيه رد المثل لا رد
العين فلم يكن تبرعا من كل وجه فلا يعمل فيه الشيوع بخلاف الهبة
فانها تبرع محض فعمل الشيوع فيها واذا جاز القرض والمضاربة كان
نصف الربح للمضارب لانه ربح ملكه وهو القرض ووضيعته عليه
والنصف الاخر بينه وبين رب المال على ما شرطا لانه ربح مستفاد
بمال المضاربة ووضيعته على رب المال ولا يجوز قسمة احدهما دون
صاحبه لانه مال مشترك بينهما فلا ينفرد احد الشريكين بقسمته قالوا
ولو كان قال له خذ هذه الالف على ان نصفها عليك قرض على ان تعمل بالنصف
الاخر مضاربة على ان الربح فهذا مكروه لانه شرط لنفسه منفعة في — م لي م
مقابلة القرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا فان
عمل على هذا وربح او وضع فالربح بينهما نصفان وكذا الوضيعة اما
الربح فلان المضارب ملك نصف المال بالقرض فكان نصف الربح له
والنصف الاخر بضاعة في يده فكان ربحه لرب المال واما الوضيعة
فلانها جز هالك من المال والمال مشترك فكانت الوضيعة على قدره
ولو قال خذ هذه الالف نصفها مضاربة بالنصف ونصفها هبة فقبضها
المضارب على ذلك غير مقسوم فالهبة فاسدة لانها هبة المشاع فيما يحتمل
القسمة فان عمل في المال فربح كان نصف الربح للمضارب حصة الهبة ونصف
الربح بينهما على ما شرطا والوضيعة عليهما اما نصف الربح للمضارب حصة
الهبة فلانه يثبت الملك له فيه اذا قبض بعقد فاسد فكان ربحه له
واما النصف الاخر فانما يكون ربحه بينهما على الشرط لانه استفيد بمال المضاربة
مضاربة صحيحة واما كون الوضيعة عليهما فلانه جز هالك من المال والمال
مشترك فان هلك المال في يد المضارب قبل ان يعمل او بعد ما عمل فهو
ضامن لنصف المال وهو الهبة لانه مقبوض بعقد فاسد فكان مضمونا
عليه كالمقبوض ببيع فاسد ولو كان دفع نصف المال بضاعة ونصفه
مضاربة فقبضه المضارب على ذلك فهو جايز والمال على ما سميا في — م والبضاعة م
المضاربة والوضيعة على رب المال ونصف الربح لرب المال ونصفه
على ما شرطا لان الاشاعة لا تمنع من العمل في المال مضاربة وبضاعة وجاز
المضاربة والبضاعة وانما كانت الوضيعة على رب المال لانه لا ضمان على

المبضع والمضارب في البضاعة والمضاربة وحصة البضاعة من الربح لرب
المال خاصة لان المبضع لا يستحق الربح وحصة المضاربة بينهما على ما شرطا
لانه ربح حصل من مال المضاربة والمضاربة قد صحت فيكون بينهما على الشرط
ولو دفع اليه على ان نصفها وديعة في يد المضارب ونصفها مضاربة بالنصف
فذلك جايز والمال في يد المضارب على ما سميا لان كل واحد منهما اعني
الوديعة والمضاربة امانة فلا يتنافيان فكان نصف المال في يد المضارب
وديعة ونصفه مضاربة الا ان التصرف لا يجوز الا بعد القسمة لان كل جزء
من المال بعضه وديعة وبعضه مضاربة والتصرف في الوديعة لا يجوز
فان قسم المضارب المال نصفين ثم عمل باحد النصفين على المضاربة فربح
او وضع فالوضيعة عليه وعلى رب المال نصفين ونصف الربح للمضارب
ونصفه على ما اشترطا لان قسمة المضارب للمال لم تصح لان المالك لم ياذن
له فيها فاذا افرز بعضه فقد تصرف في مال الوديعة وفي مال المضاربة
فما كان في مال الوديعة فهو غصب فيكون ربحه للغاصب وما كان
في حصة المضاربة فهو على الشرط ومن هذا الجنس ما اذا دفع الى رجل
متاعا فباع نصفه من المدفوع اليه بخمس مائة ثم امره بان يبيع النصف
الثاني ويعمل بالثمن كله مضاربة على ان ما رزق الله تعالى من شي فهو بينهما
نصفان فباع المضارب نصف المتاع بخمس مائة ثم عمل بها وبالخمس مائة
التي عليه فربح في ذلك او وضع فالوضيعة عليهما نصفان والربح بينهما
نصفان في قياس قول ابي حنيفة لان من مذهبه ان من كان له على رجل دين
فامره ان يشتري له بدينه شيا لا يصح والمشتري يكون للمامور الا للامر الدين م
ويكون الدين على المامور على حاله واذا كان كذلك فها هنا امره ان يعمل
بالدين وبنقد ثمن المتاع فما ربح في حصة الدين فهو للمدفوع اليه لانه تصرف
في ملك نفسه فيكون ربحه له وما ربح في نصيب الدافع فهو للدافع والوضيعة
عليهما لان المال مشترك بينهما فكان الهالك بينهما واما في قياس قول ابي يوسف
ومحمد فمقدار ما ربح في الخمس مائة التي امره ان يبيع نصف المتاع بها فهو بينهما
نصفان على ما اشترطا وما ربح النصف الذي عليه من الدين يكون لرب
المال لان من اصلهما ان الامر بالشرى بالدين يصح وتكون المضاربة فاسدة لانه
اذا اشترى صار عروضا والمضاربة بالعروض لا تصح فصارت المضاربة
ها هنا في النصف جايزة فاسدة في النصف فالربح في الصحيح يكون بينهما على

الشرط

ثلثا الربح
الشرط وفي الفاسدة يكون لرب المال ولو شرط الدافع لنفسه الثلث وللمضارب
الثلثين والمسلة بحالها فان في قول ابي حنيفة ثلثا الربح للمضارب على ما اشترطا
نصف الربح من نصيب المضارب خاصة والسدس من نصيب الدافع لانه
قال له اعمل في نصيبك على ان الربح لك واعمل في نصيبي على ان لك ثلث الربح من
نصيبي واما على قياس قولهما فقد دفع اليه نصفه مضاربة جايزة ونصفه
مضاربة فاسدة فما ربح في النصف الذي كان دينا فهو لرب المال لانه مضاربة
فاسدة وما ربح في النصف الذي هو ثمن المتاع فالربح بينهما على ما شرطا فصار
لرب المال ثلثا الربح وللمضارب الثلث م فالربح بينهما نصفان في قول ابي حنيفة
لان رب المال شرط النصف من نصيب نفسه والزيادة من نصيب المضارب
وشرط الزيادة من غير عمل ولا راس ماله باطل فيكون الربح على قدر المال وفي
قياس قولهما نصف الربح لرب المال خاصة لان المضاربة فيه فاسدة وللمضارب
ثلث ربح النصف الاخر ومنها تسليم راس المال الى المضارب لانه امانة فلا
يصح الا بالتسليم وهو التخلية كالوديعة ولا يصح مع بقاء يد الدافع على المال
لعدم التسليم مع بقاء يده حتى لو شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضاربة
العمل منه م
لما قلنا فرق بين هذا وبين الشركة فانها تصح مع بقاء يد رب المال على ماله
والفرق ان المضاربة انعقدت على راس مال من احد الجانبين وعلى العمل من الجانب
الاخر فلا يتحقق العمل الا بعد خروجه من يد رب المال فكان هذا شرطا
موافقا مقتضى العقد بخلاف الشركة لانها انعقدت على العمل من الجانبين
فشرط زوال يد رب المال عن المال يناقض مقتضى العقد وكذا لو شرط
في المضاربة عمل رب المال فسدت المضاربة سوا عمل رب المال معه
او لم يعمل لان شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال وانه شرط فاسد
وان سلم راس المال الى رب المال ولم يشترط عمله ثم استعان به في العمل او دفع
المال اليه بضاعة جاز لان الاستعانة به لا توجب خروج المال عن يده وسوا
كان المالك عاقدا او غير عاقد لا بد من زوال يد المالك عن ماله لتصح المضاربة
حتى ان الاب او الوصي اذا دفع مال الصبي مضاربة وشرط عمل الصغير لم تصح
المضاربة لان يد الصغير باقية لبقا ملكه فيمنع موضع التسليم وكذلك احد
شريكي المفاوضة او العنان اذا دفع مالا مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب
لان لشريكه فيه ملكا فيمنع التسليم فاما العاقد اذا لم يكن مالكا للمال فشرط
ان يتصرف في المال مع المضارب فان كان ممن يجوز ان ياخذ مال المالك مضاربة

ولو كان شرط لرب المال ثلثي الربح وللمضارب الثلث صح

لم تفسد المضاربة كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا ان يعملا
مع المضارب بجزء من الربح لانهما لو اخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما جاز فكذا
اذا شرطا عملهما مع المضارب وصارا كالاجنبيين وان كان العاقد ممن لا يجوز
ان ياخذ مال المالك مضاربة فشرط عمله فسد العقد كالماذون اذا دفع
مالا مضاربة وشرط عمله مع المضارب لان الماذون وان لم يكن مالكا فرقبة
المال فيد التصرف ثابتة له عليه فينزل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف
وكان قيام يده مانعا من التسليم والقبض فيمنع صحة المضاربة وان شرط الماذون
عمل مولاه مع المضارب ولا دين عليه فالمضاربة فاسدة لان المولى هو المالك
للمال حقيقة فاذا حصل في يده فقد وجد يد المالك فيمنع التسليم فان كان — المالك م
عليه دين فالمضاربة جائزة في قول ابي حنيفة لان المولى لا يملك هذا المال فصار
كالاجنبي فاما المكاتب اذا شرط عمل مولاه لم تفسد المضاربة لان المولى لا يملك اكساب
مكاتبه وهو فيها كالاجنبي ولو دفع الى انسان مالا مضاربة وامره ان يعمل برايه
ودفعه المضارب الاول الى اخر مضاربة على ان يعمل المضارب معه او يعمل معه
رب المال فالمضاربة فاسدة لان اليد للمضارب والملك للمولى وكل ذلك يمنع من
التسليم وقد قالوا في المضارب اذا دفع المال الى رب المال مضاربة بالثلث
فالمضاربة الثانية فاسدة والمضاربة الاولى على حالها جايزة والربح بين رب
المال وبين المضارب على ما شرطا في المضاربة الاولى ولا اجر لرب المال اما
فساد المضاربة الثانية فلان يد رب المال يد ملك ويد الملك مع يد المضارب
لا يجتمعان فلا تصح المضاربة الثانية وبقيت المضاربة الاولى على حالها
ولم يذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي خلافا وذكر الكرخي القاضي في
شرحه مختصر الطحاوي ان هذا مذهب اصحابنا الثلاثة وعند زفر تنفسخ
المضاربة الاولى بدفع المال الى رب المال والرد عليه وجه قوله ان زوال يد
رب المال شرط صحة المضاربة فكانت اعادة يده اليه مفسدة لها ولنا
ان رب المال يصير معينا للمضارب والاعانة لا توجب اخراج المال عن يده
فبقي العقد الاول ولا اجر لرب المال لانه عمل في ملك نفسه فلا يستحق الاجر
واما الذي يرجع الى الربح فمنها اعلام مقدار الربح لان المعقود عليه هو الربح
وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد ولو دفع اليه الف درهم على انهما شريكان
في الربح ولم يبين مقدار الربح جاز ذلك والربح بينهما نصفان لان الشركة تقتضي
المساواة قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث ولو قال على ان للمضارب شركا في الربح جاز

ذلك

ذلك في قول ابي يوسف والربح بينهما نصفان وقال محمد المضاربة فاسدة — الشرك بمعنى النصيب
وجه قول محمد ان الشرك هو النصيب قال الله تعالى ام لهم شرك في السموات
اي نصيب وقال تعالى وما لهم فيهما من شرك اي نصيب فقد جعل له
نصيبا من الربح والنصيب مجهول فصار الربح مجهولا وجه قول ابي يوسف — قال القائل / وشاركنا قريشا في تقاها / وفي احسابها شرك العنان
ان الشرك يذكر بمعنى الشركة يقال شركته في هذا الامر شركة وشركا
ويذكر بمعنى النصيب ايضا لكن في الحمل على الشركة تصحيح العقد فيحمل
عليه تصحيحا له ومنها ان يكون المشروط من الربح جزءا شايعا نصفا او — لكل واحد منهما من المضارب ورب المال صح
ثلثا او ربعا فان شرطا عددا مقدرا بان شرطا ان يكون لاحدهما مائة درهم
من الربح او اقل او اكثر والباقي للاخر لا يجوز والمضاربة فاسدة لان المضاربة
نوع من الشركة وهي الشركة في الربح وهذا شرط يوجب قطع الشركة لجواز ان — في الربح صح
لا يربح المضارب الا القدر المذكور فيكون ذلك لاحدهما دون الاخر فلا
تتحقق الشركة فلا يكون التصرف مضاربة وكذلك ان شرطا ان يكون
لاحدهما النصف او الثلث ومائة درهم او قالا الا مائة فانه لا يجوز
لما ذكرنا انه شرط يقطع الشركة في الربح لانه اذا شرط لاحدهما النصف
ومائة فمن الجائز ان يكون الربح مائتين فيكون كل الربح للمشروط له واذا
شرط له النصف الا مائة فمن الجائز ان يكون نصف الربح مائة فلا يكون
له شيء من الربح ولو شرط في العقد ان تكون الوضيعة عليهما بطل العقد
الشرط والمضاربة صحيحة والاصل في الشرط الفاسد انه اذا دخل
في هذا العقد انه ينظر ان كان يؤدي الى جهالة الربح يوجب فساد
العقد لان الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه توجب فساد
العقد وان كان لا يؤدي الى جهالة الربح يبطل الشرط وتصح المضاربة
وشرط الوضيعة عليهما شرط فاسد لان الوضيعة جزء هالك من المال
فلا يكون الا على رب المال الا انه لا يؤدي الى جهالة الربح فلا يؤثر في العقد
فلا يفسد به العقد ولانه عقد تقف صحته على القبض فلا يفسد
الشرط الزايد الذي لا يرجع الى المعقود عليه كالهبة والرهن ولانها
وكالة والشروط الفاسدة لا تعمل في الوكالة وذكر محمد رحمه الله في
المضاربة اذا قال رب المال للمضارب لك ثلث الربح وعشرة دراهم
في كل شهر ما عملت في المضاربة صحت المضاربة في الثلث وبطل الشرط
وذكر في المزارعة اذا دفع اليه ارضه بثلث الخارج وجعل له عشرة دراهم

في كل شهر فالمزارعة باطلة من اصحابنا من قال في المسئلة روايتان رواية هذا
المزارعة تقتضي فساد المضاربة لان المشروط للمضارب من المشاهرة
معقود عليه وقد قطع عنه الشركة وهذا يفسد المضاربة وفي رواية هذا
المضاربة تقتضي ان تصح المضاربة لانه عقد على ربح معلوم ثم الحق به
شرطا فاسدا فيبطل الشرط وتصح المضاربة والصحيح هو الفرق بين
المسئلتين لان معنى الاجارة في المزارعة اظهر منه في المضاربة بدليل انها
لا تصح الا بمدة معلومة والمضاربة لا تفتقر في صحتها الى ذكر المدة فالشرط
الفاسد جاز ان يؤثر في المزارعة ولا يؤثر في المضاربة وعلى هذا الاصل
قال محمد فيمن دفع الفا مضاربة على ان الربح بينهما نصفين على ان يدفع
اليه رب المال ارضه ليزرعها سنة او داره ليسكنها سنة فالشرط باطل
والمضاربة صحيحة لانه الحق بها شرطا فاسدا لا تقتضيه فبطل الشرط
ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه ان يدفع ارضه ليزرعها رب المال
سنة او يدفع داره الى رب المال ليسكنها سنة فسدت المضاربة لانه
جعل نصف الربح عوضا عن عمله وعن اجرة الدار والارض فصار حصة
العمل مجهولة بالعقد فلم يصح العقد وروى المعلى عن ابي يوسف في رجل
دفع مالا الى رجل مضاربة على ان يبيع في دار رب المال او على ان يبيع في دار
المضارب كان جائزا لكن ان شرط لكن ان يسكن دار رب المال او رب المال
دار المضارب فهذا لا يجوز لانه اذا شرط البيع في احدى الدارين فانما
خص البيع بمكان دون مكان ولم يعقد على منافع الدار واذا شرط للمضارب
السكنى فقد جعل تلك المنفعة اجرة له واطلق ابو يوسف انه لا يجوز ولم يذكر
انه لا يجوز الشرط او لا تجوز المضاربة وذكر القدوري انه ينبغي ان يكون
الفساد في الشرط لا في المضاربة ولو شرط جميع الربح للمضارب فهو قرض
عند اصحابنا وعند الشافعي هو مضاربة فاسدة وله اجر مثله اذا عمل
وجه قوله ان المضاربة عقد شركة في الربح فشرط قطع الشركة فيها
يكون شرطا فاسدا ولنا انه اذا لم يمكن تصحيحها مضاربة تصح قرضا
لانه اتى بمعنى القرض والعبرة في العقود لمعانيها وعلى هذا اذا شرط
جميع الربح لرب المال فهو ابضاع عندنا لوجود معنى الابضاع والله اعلم
فصل واما حكم المضاربة فالمضاربة لا تخلو من ان تكون صحيحة
او فاسدة ولكل واحدة منها احكام اما احكام المضاربة الصحيحة فكثيرة

بعضها

بعضها يرجع الى حال المضارب في عقد المضاربة وبعضها يرجع الى عمل
المضارب ورب المال مما لكل واحد منهما ان يعمله وما ليس له ان يعمله
وبعضها يرجع الى ما يستحقه المضارب بالعمل اما الذي يرجع الى حال المضارب في عقد المضاربة
فهو ان راس المال قبل ان يشتري المضارب به شيئا امانة في يد المضارب
بمنزلة الوديعة لانه قبضه باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة
فاذا اشترى به شيئا صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع لانه تصرف في
مال الغير بامره وهو معنى الوكيل بالبيع مطلقا ولو اشترى شراء فاسدا
يملك اذا قبض لا يكون مخالفا ويكون المشتري على المضاربة وكذا اذا باع
شيئا من مال المضاربة بيعا فاسدا لا يصير مخالفا ولا يضمن لان المضاربة
توكيل والوكيل بالشراء والبيع مطلقا يملك الصحيح والفاسد فلا يصير
مخالفا فاذا ظهر في المال ربح صار شريكا فيه بقدر حصته من الربح لانه
ملك جزءا من المال المشترك بعمله والباقي لرب المال لانه نماء ماله فاذا
فسدت بوجه من الوجوه صار بمنزلة الاجير لرب المال واذا خالف شرط
رب المال صار بمنزلة الغاصب ويصير المال مضمونا عليه ويكون ما ربح
بعد ما صار مضمونا عليه كله له لان الخراج بالضمان لكن لا يطيب له في
قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يطيب له وهو على الاختلاف
في الغاصب والمودع اذا تصرفا في المغصوب والوديعة وربحا ولو اراد
رب المال ان يجعل المال مضمونا على المضارب فالحيلة في ذلك ان يقرض
المال من المضارب ويشهد على ذلك ويسلمه اليه ثم يأخذ منه مضاربة
بالنصف او بالثلث ثم يدفع الى المستقرض فيستعين به في العمل حتى لو
هلك في يده كان القرض عليه واذا لم يهلك وربح يكون الربح بينهما على
الشرط وحيلة اخرى ان يقرض رب المال جميع المال من المضارب
الا درهما واحدا ويسلمه اليه ويشهد على ذلك ثم انهما يشتركان في ذلك
شركة عنان على ان يكون راس مال المقرض درهما وراس مال المستقرض
جميع ما استقرض على ان يعملا جميعا وشرطا على ان يكون الربح بينهما
ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال فان هلك المال في يده كان
القرض عليه على حاله ولو ربح كان الربح بينهما على الشرط واما الذي يرجع
الى عمل المضارب مما له ان يعمله بعقد المضاربة وما ليس له ان يعمل به
فجملة الكلام فيه ان المضاربة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة ان

وما يستحقه رب المال بالمال م

ف على العروف شراء او قيمته فيكون [illegible] ومعنى انه [illegible] او ما يتعلق بالبيع كالعروف مثله على الاختلاف وبيعه في البيع العروف مطلقا صح

للحيلة في جعل المال مضمونا على المضارب

بدفع المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل
ومن يعامله والمقيدة أن يعين شيئا من ذلك وتصرف المضارب في كل
واحد من النوعين ينقسم أربعة أقسام قسم منه ما للمضارب أن يعمله من
غير الحاجة إلى التنصيص عليه ولا إلى القول اعمل فيه برأيك وقسم منه ما
ليس له أن يعمله وإن قيل له اعمل فيه برأيك إلا بالتنصيص عليه وقسم منه
ما إذا قيل له اعمل فيه برأيك وإن لم ينص عليه وقسم منه ما ليس له أن   له ان يعمل صح
يعمله رأسا وإن نص عليه أما القسم الذي للمضارب أن يعمله من غير التنصيص
عليه والقول فيه اعمل برأيك أن المضاربة المطلقة عن الشرط والتقييد به
هي ما إذا قال له خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله تعالى من ربح
فهو بيننا على كذا أو قال خذ هذا المال مضاربة على كذا فله أن يشتري
به ويبيع لأنه أمره بعمل هو سبب لحصول الربح وهو الشرا والبيع وكذا
المقصود من عقد المضاربة هو الربح والربح لا يحصل إلا بالشرا والبيع إلا
أن شراه يقع على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمة المشتري أو بأقل من ذلك
مما لا يتغابن الناس في مثله لأنه وكيل وشرا الوكيل يقع على المعروف
فإن اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله كان مشتريا لنفسه لا على المضاربة
بمنزلة الوكيل بالشرا وأما بيعه فعلى الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه
في الوكيل بمطلق البيع أنه يملك نقدا أو نسيئة وبغبن فاحش في قول أبي حنيفة
فالمضارب أولى لأن المضاربة أعم من الوكالة وعندهما لا يملك البيع بالنسيئة
ولا بما لا يتغابن الناس في مثله وهي من مسايل كتاب الوكالة وله أن يشتري بما
بدا له من ساير أنواع التجارات وساير الأمكنة مع ساير الناس لإطلاق
العقد وله أن يدفع المال بضاعة لأن الإبضاع من عادة التجار ولأن
المقصود من هذا العقد هو الربح والإبضاع طريق إلى ذلك ولأنه يملك
الاستيجار فالإبضاع أولى لأن الاستيجار استعمال في المال بعوض والإبضاع
استعمال بغير عوض فكان أولى وله أن يودع لأن الإيداع من عادة
التجار ومن ضرورات التجارة وله أن يستأجر من يعمل في المال لأنه من عادة
التجار ومن ضرورات التجارة أيضا لأن الإنسان قد لا يمكنه جميع الأعمال بنفسه
فيحتاج إلى الأجير وله أن يستأجر البيوت ليجعل المال فيها لأنه لا يقدر
على حفظ المال بنفسه وله أن يستأجر السفن والدواب للحمل لأن النقل
من مكان إلى مكان طريق حصول الربح ولا يمكنه النقل بنفسه وله أن يوكل

بالبيع

بالبيع والشرا لأن التوكيل من عادة التجار ولأنه طريق الوصول إلى المقصود
وهو الربح فكان بسبيل منه كالشريك ولأن المضاربة أعم من الوكالة ويجوز   المضاربة أعم من الوكالة
أن يستفاد بالشيء ما هو دونه بخلاف الوكالة المفردة لأن الوكيل لا يملك
أن يوكل غيره بمطلق الوكالة إلا إذا قيل له اعمل برأيك لأن المقصود من ذلك
ليس هو التجارة وحصول الربح بل إدخال المبيع في ملكه وكذا الوكالة الثانية
مثل الأولى والشيء لا يستتبع مثله وكل ما كان للمضارب أن يعمله بنفسه فله
أن يوكل به غيره وكل ما لا يجوز له أن يفعله بنفسه لا يجوز فيه وكالته على
رب المال لأنه لما لم يملك أن يعمله بنفسه فتوكيله أولى وله أن يرهن
بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة وأن يرتهن بدين له منها على رجل
لأن الرهن بالدين والارتهان من باب الإيفاء والاستيفاء وهو يملك ذلك فيملك
الرهن والارتهان وليس للمضارب أن يرهن بعد نهي رب المال له عن العمل
ولا بعد موته لأن المضاربة تبطل بالنهي والموت إلا في تصرف ينض   به رأس المال كما نذكر والرهن ليس تصرفا ينض صح
به رأس المال فلا يملكه المضارب ولو باع شيئا فأخر الثمن جاز لأن تأخير الثمن
من عادة التجار أما على أصل أبي حنيفة فلأن الوكيل بالبيع يملك تأخير الثمن
فالمضارب أولى لأن تصرفه أعم من تصرف الوكيل إلا أن الوكيل بالبيع إذا
أخر الثمن يضمن عندهما والمضارب لا يضمن لأن المضارب يملك أن يستقيل
ثم يبيع نسا فيملك التأخير ابتدا فلم يضمن فأما الوكيل فلا يملك الإقالة ثم
البيع بالنسيئة فإذا أخر ضمن وأما عند أبي يوسف فإنما جاز تأخير
المضارب دون الوكيل لهذا المعنى أيضا وهو أن المضارب يملك أن يشتري
السلعة أو يقيل فيها ثم يبيعها نسا فيملك تأخير ثمنها والوكيل لا يملك
ذلك وله أن يحتال بالثمن على رجل موسرا كان المحتال أو معسرا لأن
الحوالة من عادة التجار لأن الوصول إلى الدين قد يكون أيسر من ذمة المحال
عليه منه من ذمة المحيل بخلاف الوصي إذا احتال بمال اليتيم أن كان ذلك أصلح
جاز وإلا فلا لأن تصرف الوصي في مال اليتيم مبني على النظر وتصرف
المضارب مبني على عادة التجار قال محمد وله أن يستأجر أرضا بيضا ويشتري
ببعض المال طعاما فيزرعه فيها وكذلك له أن يتقبلها ليغرس فيها نخلا   لعله يتقبلها
أو شجرا أو رطابا فذلك كله جايز والربح على ما شرطا لأن الاستيجار من
التجارة لأنه طريق حصول الربح وكذا هو من عادة التجار فيملكه المضارب
وللمضارب أن يسافر بالمال لأن المقصود من هذا العقد استنماء المال وهذا

المقصود بالسفر او في ولان العقد مطلق عن المكان فيجري على اطلاقه ولان
ماخذ الاسم دليل عليه لان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض قال الله
تعالى واخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله والضرب في
الارض هو السفر ولانه طلب الفضل قال الله تعالى وابتغوا من فضل الله
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف في رواية محمد عنه
وفي رواية اصحاب الاملا عنه ليس له ان يسافر وروى عنه الفرق بين الذي
يبيت في وطنه والذي لا يبيت وبين ما له حمل ومونة وما لا حمل له ولا
مونة في الشركة فالمضاربة على ذلك وقد ذكرنا وجه كل من ذلك في كتاب
الشركة وقال ابو يوسف عن ابي حنيفة اذا دفع اليه المال بالكوفة وهما
من اهلها فان ابا حنيفة قال ليس له ان يسافر بالمال وان كان الدفع في مصر
غير الكوفة فللمضارب ان يخرج به حيث شا وقد ذكرنا وجه الرواية
المشهورة في كتاب الشركة واما رواية ابي يوسف عنه ان المسافرة بالمال (م وجه م)
مخاطرة به فلا يجوز الا باذن رب المال نصا او دلالة فاذا دفع اليه المال
في بلدهما فلم ياذن له بالسفر نصا ولا وجد منه ما يدل عليه فلم يكن له ان
يسافر واذا دفع اليه في غير بلدهما فقد وجد دلالة الاذن بالرجوع الى
الوطن لان العادة ان الانسان لا ياخذ المال مضاربة ويترك وطنه فكان
دفع المال في غير بلدهما رضا بالرجوع الى الوطن فكان اذنا دلالة وله
ان ياذن لعبيد المضاربة بالتجارة لان الاذن بالتجارة من التجارة ومن عادة (م في ظاهر الرواية م)
التجار ايضا وروى ابن رستم عن محمد انه لا يملك ذلك باطلاق المضاربة
لان الاذن بالتجارة اعم من المضاربة فلا يستتبع ما هو فوقه وله ان يبيعهم
اذا لحقهم دين سواء كان المولى حاضرا او غايبا لان البيع في الدين من التجارة
فلا يقف على حضور المولى ولو جنى عبد المضاربة بان قتل انسانا خطا وقيمته
مثل مال المضاربة بان كان راس المال الف درهم فاشترى بها عبدا قيمته
الف درهم فقتل انسانا خطا ~~وقيمته~~ لا يخاطب المضارب بالدفع او الفدا
لان الدفع او الفدا ليس من التجارة ولا ملك ايضا للمضارب في رقبته لانعدام
الفضل والتدبير في جنايته الى رب المال لان رقبته خالص ملكه ولا ملك
للمضارب فيها بخلاف عبد عبد الماذون اذا جنى انه يخاطب الماذون
بالدفع والفداء غيبة المولى لان العبد الماذون في التصرف كالحر لانه يتصرف
لنفسه كالحر بدليل انه لا يرجع بالعهدة على المولى ولو كان متصرفا للمولى لرجع

بالعهدة

بالعهدة عليه دل انه متصرف لنفسه وانما يظهر حق المولى في كسبه عند (م فلما لم يرجع صح)
فراغه عن حاجته فاذا تعلقت الجناية برقبته صارت مشغولة فلا يظهر
حق المولى فيخاطب بالدفع كالحر فاما المضارب فانه وكيل رب المال في التصرف
حتى يرجع بالعهدة عليه والوكيل بالشرا لا يخاطب بحكم الجناية فهو الفرق بين
الفصلين فاذا اختار رب المال الدفع واختار المضارب الفدا فله ذلك لانه
بالفدا يستبقي مال المضاربة وله فيه فايدة في الجملة لتوهم الربح ولو دفع
رب المال او فدا خرج العبد من المضاربة اما اذا دفع فلا اشكال فيه لان
بالدفع زال ملكه عنه لا الى بدل فصار كانه هلك واذا فدا فقد لزمه ضمان
ليس من مقتضيات المضاربة ولان اختيار الفدا دليل رغبته في عين العبد فلا
يحصل المقصود من العقد وهو الربح لان ذلك بالبيع ولو كان قيمة العبد الفين
فجنا جناية خطا لا يخاطب المضارب بالدفع او الفدا اذا كان رب المال
غايبا وليس لاصحاب الجناية على المضارب ولا على الغلام سبيل الا ان لهم ان
يستوثقوا من الغلام بكفيل الى ان يقدم المولى وكذا لا يخاطب ~~المضارب~~
المولى بالدفع والفدا اذا كان المضارب غايبا وليس لاحدهما ان يفدي حتى
يحضرا جميعا فان فدا كان متطوعا في الفدا فان حضرا دفعا او فديا فان
دفعا فليس لهما شي وان فديا كان الفدا عليهما ارباعا وخرج العبد من
المضاربة وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف حضور المضارب
ليس بشرط ويخاطب المولى بحكم الجناية وجه قول ابي يوسف ان
نصيب المضارب لم يتعين في الربح لعدم تعيين راس المال لان التعيين
بالقسمة ولم يوجد فبقي المال على حكم ملك ~~مال~~ رب المال فكان
هو المخاطب بحكم الجناية فلا يشترط حضور المضارب ولهما انه اذا
كان في المضاربة فضل كان للمضارب ملك في العبد ولهذا لو اعتقه ينفذ
اعتاقه في نصيبه واذا كان له نصيب في العبد كان فدا نصيبه عليه فلا
بد من حضوره واما قوله ان حقه لم يتعين في الربح لعدم تعيين راس
المال فنقول لا بل تعين ضرورة لزوم الفدا في نصيبه لانه لما لزمه الفدا
في نصيبه ولا يلزمه الا بتعيين حقه ولا يتعين راس المال الا بالقسمة ثبتت (م ولا يتعين حقه الا بتعيين راس المال م)
القسمة ضرورة فان اختار احدهما الدفع والاخر الفدا فلهما ذلك لان كل
واحد منهما مالك لنصيبه فصار كالعبد المشترك غير ان في العبد المشترك
اذا حضر احد الشريكين وغاب الاخر يخاطب ~~الاخر~~ الحاضر بحكم الجناية

من الدفع والفدا وها هنا لا يخاطب واحد منهما ما لم يحضرا جميعا لان تصرف
احدهما يتضمن قسمة لان المال لا يبقى على المضاربة بعد الدفع او الفدا
والقسمة لا تصح الا بحضرتهما والدفع او الفدا من احد الشريكين لا يتضمن
قسمة ولا حكما في حق الشريك الاخر فلا يقف على حضوره وهذا بخلاف
عبد الرهن اذا كانت قيمته اكثر من الدين فجنا جناية خطا انه يخاطب
الراهن والمرتهن بحكم الجناية فان اختار احدهما الدفع والاخر الفدا لم يكن
لهما ذلك فيلزمهما ان يجتمعا على احد الامرين لان المالك هناك واحد
فاختلاف اختيارهما يوجب تبعض موجب الجناية في حق مالك واحد
وهذا لا يجوز كالعبد الذي ليس برهن وها هنا مالك العبد اثنان
فلو اختلف اختيارهما لا يوجب تبعض موجب الجناية في حق مالك واحد
وقد قالوا اذا غاب احدهما وادعى الجناية على العبد لم تسمع البينة حتى
يحضر لان كل واحد منهما له حق في العبد وكان التدبير في الجناية اليهما فلا
يجوز سماع البينة على احدهما مع غيبة الاخر وانما اخذ العبد بكفيل لانه
لا يومن عليه ان يغيب فيسقط حق ولي الجناية لان حقه متعلق برقبته وكان
له ان يستوثق حقه بكفيل وحقوق العقد في الشرا والبيع ترجع الى المضارب
لا الى رب المال لانه العاقد فهو الذي يطالب بتسليم الثمن وبتسليم المبيع
والثمن ويرد بالعيب ويرد عليه ويخاصم ويخاصم لما قلنا ولو اشترى
المضارب عبدا معيبا قد علم رب المال بعيبه ولم يعلم به ~~رب المال~~ المضارب
فللمضارب ان يرده ولو كان المضارب علم بالعيب ولم يعلم به رب المال لم
يكن للمضارب ان يرده لان حقوق العقد تتعلق بالمضارب لا برب المال
فيعتبر علم المضارب لا علم رب المال ولو اشترى عبدا وظهر به عيب
فقال رب المال بعد الشرا رضيت بهذا العيب بطل الرد لان الملك لرب
المال فاذا رضي به فقد ابطل حق نفسه ولو ان رب المال دفع اليه
الف درهم مضاربة على ان يشتري بها عبد فلان بعينه ثم يبيعه فاشترا
المضارب ولم يره فليس له ان يرده بخيار الروية ولا بخيار العيب لان امره
بالشرا بعد العلم رضي منه بذلك العيب فكانه قال بعد الشرا قد رضيت
بخلاف ما اذا امره بشرا عبد غير معين لانه لا يعلم انه يشتري العبد
المعيب لا محالة حتى يكون علمه دلالة الرضا به وله ان ياخذ بالشفعة
في دار اشتراها اجنبي الى جنب دار المضاربة او باع رب المال دار النفسه
والمضارب

والمضارب شفيعها بدار اخرى من المضاربة ففيه تفصيل نذكره ان شا الله تعالى
ولو دفع المال الى رجلين مضاربة فليس لاحدهما ان يبيع ويشتري بغير اذن
صاحبه ولا يعمل احدهما شيا مما للمضارب الواحد ان يعمله سوا قال
لهما اعملا برايكما او لم يقل لانه رضي برايهما ولم يرض براي احدهما فصارا
كالوكيلين وان اذن له الشريك في شي من ذلك جاز في قولهم جميعا لانه
لما اذن له فقد اجتمع رايهما فكانهما عقدا جميعا واما القسم الذي ليس
للمضارب ان يعمله الا بالتنصيص عليه في المضاربة المطلقة فليس له ان
يستدين على مال المضاربة ولو استدان لم يجز على رب المال ويكون دينا على
المضارب في ماله لان الاستدانة اثبات زيادة في راس المال من غير رضى رب
المال بل فيه اثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه لان ثمن المشترى
براس المال في باب المضاربة مضمون على رب المال بدليل ان المضارب لو
اشترى براس المال ثم هلك المشترى قبل التسليم فان المضارب يرجع على
رب المال بمثله فلو جوزنا الاستدانة على المضاربة لالزمناه زيادة ضمان
لم يرض به وهذا لا يجوز والاستدانة هي ان يشتري المضارب شيا بثمن
دين ليس في يده من جنسه حتى انه لو لم يكن في يده شي من راس المال من
الدراهم والدنانير بان كان اشترى براس المال سلعة ثم اشترى شيا بالدراهم
او الدنانير لم يجز على المضاربة وكان المشترى له وعليه ثمنه من ماله لانه
اشترى بثمن ليس في يده من جنسه فصار مستدينا على المضاربة فلم يجز
على رب المال وجاز عليه لان الشرا وجد نفاذا عليه كالوكيل بالشرا
اذا خالف وسوا اشترى بثمن حال او موجل لانه لما اشترى بما ليس
في يده من جنسه صار مستدينا على المضاربة وهو لا يملك ذلك ولو كان
ما في يد المضارب من العبد او العرض يساوي راس المال او اكثر فاشترى
شيا للمضاربة بالدراهم والدنانير ليبيع العرض ويودي ثمنه منها لم يجز سوا كان الثمن حالا او موجلا صح
لما ذكرنا انه استدانة ولو باع ما في يده من العروض بالدراهم والدنانير وحصل
ذلك في يده فحل الاجل لم ينتفع بذلك لانه لما خالف في حالة الشرا لزمه
الثمن وصارت السلعة له لانه لم يملك الشرا للمضاربة فوقع العقد له فلا
يصير بعد ذلك للمضاربة وكذا اذا قبض المضارب مال المضاربة ليس له ان يشتري
باكثر من راس المال الذي في يده لان الزيادة تكون دينا وليس له في يده من
مال المضاربة ما يودي به حتى لو اشترى سلعة بالفي درهم ومال المضاربة

الف كانت الالف من السلعة المشتراة للمضاربة وحصة ما زاد على الالف للمضارب
خاصة له ربح ذلك وعليه وضيعته والزيادة دين عليه في ماله لانه يملك
الشرا بالالف ولا يملك الشرا بما زاد عليها للمضاربة ويملك الشرا لنفسه
فوقع له وكذا اذا قبض المضارب راس المال وهو قايم في يده فليس له ان يشتري
للمضاربة بغير الدراهم والدنانير من المكيل والموزون والمعدود والثوب
الموصوف المؤجل لان الشرا بغير الاثمان اذا لم يكن في يده شي من ذلك لان الشرا
بغير الاثمان يكون استدانة على المال ولو كان في يده من مال المضاربة مكيل او
موزون فاشترى ثوبا او عبدا بكيل او موزون موصوف في الذمة كان المشترى
للمضاربة لان في يده من جنسه فلم يكن استدانة ولو كان في يده دراهم فاشترى سلعة
بدراهم نسية لم يكن استدانة لان في يده من جنسه ولو كان في يده دراهم
فاشترى بدنانير فالقياس ان لا يجوز على رب المال وهو قول زفر وفي — م او كان في يده دنانير فاشترى بدراهم صح
الاستحسان يجوز وجه القياس ان الدراهم والدنانير صنفان مختلفان
حقيقة فقد اشترى بما ليس في يده من جنسه فيكون استدانة كما لو
اشترى بالعروض وجه الاستحسان انهما عند التجار كجنس واحد لانهما
من الاثمان بهما تقدر النفقات واروش الجنايات وقيم المتلفات ولا يتعذر
نقل كل واحد منهما الى الاخر فكانا بمنزلة شي واحد فكان مشتريا بثمن في يده
من جنسه وكذلك لو اشترى بثمن هو من جنس راس المال لكنه يخالفه في
الصفة بان اشترى بدراهم بيض او اشترى بدراهم غلة وراس المال دراهم صحاح — م وراس المال دراهم سودا واشترى بدراهم صحاح وراس المال غلة او اشترى بدراهم سود وراس المال دراهم بيض صح
فذلك جايز على المضاربة وقال زفر لا يجوز شي من ذلك على المضاربة ويكون
استدانة وجعل اختلاف الصفة كاختلاف الجنس وقال محمد ان اشترى بما
صفته انقص من صفة راس المال جاز وهذا يشير الى انه لو اشترى بما صفته
ازيد من صفة راس المال انه لا يجوز على المضاربة ووجهه انه اذا اشترى بما
صفته انقص من صفة راس المال كان في يده ذلك القدر الذي اشترى به وزيادة
فجاز واذا اشترى بما صفته ازيد لم يكن في يده القدر الذي اشترى به فلا
يجوز على المضاربة والصحيح قول ابي حنيفة وابي يوسف لانه لما جاز عند
اختلاف الجنس فلان يجوز عند اختلاف الصفة اولى لان تفاوت الصفة
دون تفاوت الجنس ولو كان راس المال الف درهم فاشترى سلعة بالف او بدنانير
او بفلوس قيمة ذلك الف لا يملك ان يشتري بعد ذلك على الالف المضاربة شيا
بالف اخرى او غير ذلك لان المضاربة كان مستحقا بالثمن فلو اشترى بعد ذلك — م مال م

لصار مستدينا على مال المضاربة فلا يملك ذلك وان اشترى عليها او لا عبدا بخمس ماية
لا يملك ان يشتري الا بقدر خمسماية لان خمسماية خرجت من المضاربة وكذلك — م بعد ذلك صح
كل دين يلحق راس المال لان ذلك صار مستحقا من راس المال فيخرج القدر المستحق
من المضاربة فاذا اشترى باكثر مما بقي صار مستدينا على مال المضاربة فلا يصح
ولو باع المضارب واشترى وتصرف في المضاربة فحصل في يده صنوف — م مال صح
من الاموال المكيل والموزون والمعدود وغير ذلك من ساير الاموال ولم يكن
في يده دراهم ولا دنانير ولا فلوس فليس له ان يشتري متاعا ليس في يده مثله — م بثمن م
من جنسه وصفته وقدره بان اشترى عبدا بكر حنطة موصوفة فان اشترى
بكر حنطة وسط وفي يده الوسط او بكر حنطة جيد وفي يده الجيد جاز وان
كان في يده اجود مما اشترى به او ادون لم يكن للمضاربة وكان للمضارب
لانه اذا لم يكن في يده مثل الثمن صار مستدينا على المضاربة فلا يجوز وليس
اختلاف الصفة هاهنا كاختلاف الصفة في الدراهم لان اختلاف الجنس هنالك
من الدراهم والدنانير لا يمنع الجواز فاختلاف الصفة اولى لانه دونه
واختلاف الجنس هاهنا يمنع الجواز فكذلك اختلاف الصفة ثم في جميع
ما ذكرنا انه لا يجوز من المضارب الاستدانة على رب المال يستوي فيه ما
اذا قال له رب المال اعمل برايك او لم يقل لان قوله اعمل برايك تفويض
الراي اليه فيما هو من المضاربة والاستدانة لم تدخل في عقد المضاربة فلا
يملكها المضارب الا باذن رب المال بها نصا ثم كما لا يجوز للمضارب الاستدانة
على مال المضارب لا يجوز له الاستدانة على اصلاح مال المضاربة حتى لو
اشترى المضارب بجميع مال المضاربة ثيابا ثم استاجر على حملها او على
قصارتها او فتلها كان متطوعا في ذلك كله لانه اذا لم يبق في يده شي من راس
المال صار بالاستيجار مستدينا على المضاربة فلم يجز عليها فصار عاقدا
لنفسه متطوعا في مال الغير كما لو حمل متاعا لغيره او قصر ثيابا لغيره بغير
امره قال محمد رحمه الله وكذلك اذا صبغها سودا من ماله فنقصها ذلك لان
الاستدانة لا تجوز ولا يصير شريكا بالسواد لانه لم يوجب في العين زيادة
بل اوجب نقصانا فيها ولا يضمن بفعله سواء قال له اعمل برايك او لم يقل لانه
مادون فيه بعقد المضاربة بدليل انه لو كان في يده فضل فصبغ الثياب به سودا
فنقصها ذلك لم يضمن فكذلك اذا صبغها بمال نفسه ولو صبغ المتاع بعصفر
او زعفران او صبغ بزيد فيها وليس في يده من مال المضاربة شي فان كان لم يقل

لا اعمل برايك فهو ضامن ورب المال بالخيار ان شاء ضمنه قيمة متاعه يوم
صبغه وسلم اليه المتاع وان شاء ترك المتاع حتى يباع فيضرب فيه رب
المال بقيمته ابيض ويضرب المضارب بما زاد الصبغ فيه لان الصبغ استدانة
على رب المال وذلك لا يجوز فصار الصبغ من غير المضاربة والمضارب اذا
خلط مال نفسه بمال المضاربة ولم يقل له اعمل برايك يضمن وصار كاجنبي
خلط المال ولو صبغ الثياب اجنبي كان للمالك الخيار ان شاء ضمنه قيمتها
وان شاء تركها على الشركة وتضاربا بثمنها كذا هنا وان قال له اعمل برايك فلا ضمان
عليه لانه اذا قال له ذلك فله ان يخلط مال نفسه بمال المضاربة والصبغ
على ملكه فلا يضمن بخلطه وصار المتاع بينهما فاذا باع المتاع قسم الثمن
على قيمة الثوب ابيض فما اصاب ذلك كان في المضاربة وما اصاب الصبغ
كان للمضارب والله اعلم واذا اذن للمضارب ان يستدين على مال المضاربة ١٢
جاز له الاستدانة وما يستدينه يكون شركة بينهما شركة وجوه وكان
المشتري بينهما نصفين لانه لا يحتمل ان يجعل المشتري بالدين مضاربة لان
المضاربة لا تجوز الا في مال عين فيجعل شركة وجوه ويكون المشترى بينهما
نصفين لان مطلق الشركة يقتضي التساوي وسواء كان الربح بينهما نصفين
او اثلاثا لان هذه شركة على حدة فلا تبنى على حكم المضاربة وقد بينا في
كتاب الشركة انه لا يجوز التفاضل في الربح في شركة الوجوه الا بشرط التفاضل
في الضمان فان شرطا التفاضل في الضمان كان الربح كذلك وان اطلقا كان
المشترى نصفين لا يجوز فيه التفاضل في الربح فاذا صارت هذه شركة وجوه
صار الثمن دينا عليهما من غير مضاربة فلا يملك المضارب ان يرهن به مال
المضاربة الا باذن رب المال فان اذن له ان يرهن بجميع الثمن فقد اعاره
نصف الرهن ليرهنه بدينه فاذا هلك صار مضمونا عليه وليس له ان
يقرض مال المضاربة لان القرض تبرع في الحال اذ لا يقابله عوض للحال
وانما يصير مبادلة في الثاني ومال الغير لا يحتمل التبرع وكذلك الهبة والصدقة
لان كل واحد منهما تبرع ولا ياخذ سفتجة لان اعطاء السفتجة اقراض وهو لا
يملك الاقراض الا بالتنصيص عليه كذا قال محمد عن ابي حنيفة انه قال ليس له ان
يقرض ولا ان ياخذ سفتجة الا ان يامره بذلك بعينه فيقول له خذ السفاتج
واقرض ان احببت فاما ان قال له اعمل في ذلك برايك فانما هذا على البيع والشرا
والشركة والمضاربة وخلط المال وهذا قول ابي يوسف وقولنا وهذا لما

م عين مال قائم فما اصاب المتاع فهو مال المضاربة وما زاد الصبغ فللمضاربة خاصة لان الصبغ صح

م في المضاربة صح

م لان اخذ السفتجة استدانة وهو لا يملك الاستدانة وكذا لا يعطي سفتجة صح

ذكرنا ان قوله اعمل في ذلك برايك تفويض الراى اليه في المضاربة والتبرع ليس من عمل
المضاربة وكذلك الاستدانة بل هي عند الاذن شركة وجوه وهي عقد آخر وراء
المضاربة وهو انما فوض اليه الراى في المضاربة خاصة لا في عقد آخر لا يتعلق له بها
فلا يدخل في ذلك وليس له ان يشترى بما لا يتغابن الناس في مثله وان قال له اعمل برايك
ولو اشترى يصير مخالفا لان المضاربة توكيل بالشرا والتوكيل بالشراء مطلقا ينصرف الى
المتعارف وهو ان يكون بمثل القيمة او بما يتغابن الناس في مثله ولان الشراء بما لا يتغابن في
مثله محاباة والمحاباة تبرع والتبرع لا يدخل في عقد المضاربة وليس له ان يعتق على مال لانه
ازالة الملك عن الرقبة بدين في ذمة المفلس فكان في معنى التبرع ولانه ليس بتجارة اذ التجارة
مبادلة المال بالمال م وليس له ان يكاتب لان الكتابة ليست بتجارة لانعدام مبادلة المال
بالمال لهذا لا يملكه الماذون له في التجارة وليس له ان يعتق عبدا من المضاربة اذا لم يكن
في نفس العبد فضل عن راس المال فان اعتق لم ينفذ لان العقد السابق لا يفيد ولانه
ولانه لا يملك الاعتاق على مال وفيه معنى المبادلة فالاعتاق بغير مال اولى ولا ملك
للمضارب في العبد فلا ينفذ اعتاقه وسواء كان في يد المضارب مال اخر سوى العبد لك
او لم يكن لان العبد اذا كان بقدر راس المال لا فضل فيه لم يتعين للمضارب فيه حق
لانه مشغول براس المال بدليل انه لو هلك في ذلك المال يصير العبد راس المال وان كان
في نفس العبد المعتق فضل عن راس المال جاز اعتاقه في قدر حصته من الربح لانه اذا كان
قيمته اكثر من راس المال فقد تعين للمضارب فيه ملك فينفذ اعتاقه في قدر نصيبه كعبد بين
شريكين اعتقه احدهما وكذلك ان كاتب عبدا من المضاربة او اعتقه على مال ولم يكن فيه
فضل م كان كعبد بين شريكين اعتقه احدهما على مال فاذا قبل العبد عتق عليه نصيبه وكان رب
المال بالخيار ولرب المال فسخ الكتابة قبل الاداء لانه يتضرر به في الحال وفي الثاني اما في الحال
فلانه يمتنع عليه بيع نصيبه وهبته ما دام شيء منه فكذا هذا واما في الثاني فلانه لو ادى
وعتق عليه نصيبه يفسد الباقي على رب المال فاكد دفع هذا الضرر بالفسخ لان الكتابة قابلة للفسخ
فله ان يفسخ كاحد الشريكين اذا باع حصته من بيت معين من دار مشتركة بينهما كان لشريكه
نقض بيعه وان باع ملك نفسه لما ان الشريك يتضرر بنفاذ هذا البيع فانه متى اراد ان يقسم
الدار يحتاج الى قسمين قسمة البيت مع المشترى وقسمة بقية الدار مع الشريك الاول ويتضرر
فكان له نقض البيع دفعا للضرر عنه فكذا هذا بخلاف ما اذا دبر المضارب نصيبه او اعتق
انه ينفذ وان كان يتضرر به رب المال لان الضرر انما يندفع اذا امكن وهنالك لا يمكن لان التدبير
والاعتاق تصرفان لا يحتملان الفسخ بخلاف الكتابة فان ادى الكتابة قبل الفسخ عتق لوجود
شرط العتق وهو الاداء الا ان لرب المال ان ياخذ ما اداه المكاتب قدر حصته من المؤدى

م وهذا مبادلة العتق بالمال صح

م انه لم يجز فان كان فيه فضل صح

لانه كسب عبد مشترك بينهما وكذلك اذا كان رأس المال الف درهم فاشترى بها المضارب
عبدين قيمة كل واحد منهما الف فاعتق احدهما انه لايجوز اعتاقه عند اصحابنا الثلثة وعند زفر
يجوز اعتاقه في نصيبه منهما لان رأس المال ليس الا الالف فيما زاد على ذلك يكون ربحا ويكون
للمضارب فيه نصيب فينفذ اعتاقه في نصيبه ولنا انه لم يتعين للمضارب ملك في احد
العبدين لان كل واحد منهما يجوز ان يكون رأس المال والاخر ربحا فليس احدهما بان يجعل
رأس المال والاخر ربحا اولى من القلب فيجعل كل واحد منهما كان ليس معه غيره ولان حق
المضارب لايتعين في الربح قبل تعين رأس المال ورأس المال لم يتعين الا بتعيين ملك المضارب
في الربح وكذلك لو كان في يد المضارب عشرون عبدا قيمة كل واحد منهم الف درهم ورأس
المال الف درهم انه لايجوز عتقه في واحد منهم لانه لايتعين للمضارب في واحد منهم ملك
لان كل واحد منهم يصلح ان يكون هو رأس المال فاذا لم يملك شيئا منهم لاينفذ اعتاقه
ومن مشايخنا من قال هذا على اصل ابي حنيفة ان العبيد والجواري لايقسمون قسمة واحدة
بل كل شخص يقسم على حدة لان العبيد والجواري بمنزلة اجناس مختلفة من سائر الاموال
فلا يتعين للمضارب ملك في الاجناس المختلفة من العروض ونحوها فاما على اصل ابي يوسف
ومحمد انهم يقسمون قسمة واحدة بمنزلة الدواب فظهر الربح فينفذ اعتاقه في قدر نصيبه
من الربح وقال بعض مشايخنا ان هذا بالاتفاق لان عندهما انما القاضي قسمة واحدة يقسم ٢
اذا رأى القاضي ذلك فاما قبل ذلك فلا بل العبيد بمنزلة الاجناس المختلفة لهذا لايصح التوكيل
بشراء عبد بدون بيان الثمن بالاتفاق كالتوكيل بشراء ثوب لهذا لو كان العبيد للخدمة بين
اثنين لايجب على احدهما صدقة الفطر بسببهم في عامة الروايات والاصل ان مال المضاربة
اذا كان من جنس واحد وفيه فضل عن رأس المال انه يضم بعضه الى بعض فيتعين نصيب
المضارب فيما زاد على رأس المال واذا كان من جنسين مختلفين كل واحد منهما مثل رأس المال
لايضم احدهما الى الاخر فلا يتعين للمضارب في احدهما ملك لاشتغال كل واحد منهما برأس
المال وقد قالوا في هذه المسئلة ان رب المال لو اعتق العبيد نفذ اعتاقه في جميعهم لانه
اذا لم يتعين للمضارب في واحد منهم ملك بقوا على ملك رب المال فاذا اعتقهم بلفظة واحدة
عتقوا ويضمن حصة المضارب منهم سواء كان موسرا او معسرا اما الضمان فلان المضارب
وان لم يملك شيئا من العبيد فقد كان له حق ان يتملك وقد افسد عليه رب المال فيضمن
وانما يستوي فيه اليسار والاعسار لانه اعتق الكل مباشرة ونفذ اعتاقه في الكل فصار متلفا
المال عليه بخلاف ضمان العتق لانه يعتق نصيب المعتق ابتداء ثم يسري الى نصيب الشريك
على اصل ابي يوسف ومحمد لذلك اختلف في اليسار والاعسار وكذلك لو اشترى المضارب
عبدا من مال المضاربة فادعى انه ابنه انه ان لم يكن فيه فضل لم يجز دعوته وان كان فيه

فضل

فضل جازت دعوته وعتق لان هذه دعوة تحرير وانها مبتنية على الملك فاذا لم يكن فيه
فضل فلا ملك فلا ينفذ دعوته واذا كان فيه فضل وله ملك فصحت دعوته فان ادعى
ولم يكن فيه فضل فازدادت قيمته على رأس المال بعد ذلك ولم يكن فيه فضل ثم ازداد
قيمته على رأس المال بعد ذلك فظهر فيه فضل جازت دعوته وعتق عليه وكان كعبد بين
اثنين عتق على احدهما نصيبه بغير فعله بان ورث نصيبه وانما كان كذلك لانه لما ادعى
النسب ولا ملك له في الحال كانت دعوته موقوفة على الملك فاذا ازدادت قيمته فقد ملك
جزءا منه فنفذت دعوته فيه كمن ادعى النسب في ملك غيره ثم ملكه انه ينفذ دعوته بخلاف
ما اذا اعتقه ثم ازدادت قيمته انه لا ينفذ اعتاقه لان انشاء الاعتاق في ملك الغير
لايتوقف كمن اعتق ملك غيره ثم ملكه ولا ضمان على المضارب في ذلك لان العبد عتق
من غير صنعه لانه عتق بزيادة القيمة والعبد المشترك اذا اعتق على احد الشريكين بغير فعله
لايضمن للشريك شيئا ولو اشترى امة قيمتها الف ورأس المال الف فولدت ولدا يساوي
الفا فادعى الولد لا يكون ولده ولا يكون الام ام ولد له لانه ليس في احدهما فضل على
رأس المال هكذا ذكر الكرخي وذكر القدوري ان هذا محمول على انها علقت قبل ان يشتريها
فاما اذا كان العلوق بعد الشراء فحكم المسئلة يتغير لان المضارب يغرم العقر فاذا قدرنا
ان العقر مائة فاذا استوفاها رب المال منه جعل المستوفى من رأس المال فينقص رأس المال
وصار تسعمائة فيتعين للمضارب ملك فيهما جميعا فنفذت دعوته ويثبت النسب واذا ثبت
النسب ضمن المضارب من قيمة الام تسعمائة حتى يستوفي رب المال تمام رأس ماله ثم
يغرم خمسين درهما وهو تمام ما بقي من الام فظهر ان الولد ربح بينهما فيعتق نصف
الولد من المضارب ويسعى في النصف لرب المال قال عيسى بن ابان هذا الجواب
هو الصحيح وذكر محمد في الاصل مسئلة اخرى طعن فيها عيسى وهي ما اذا اشترى
جارية بالف درهم يساوي الفا فولدت ولدا يساوي الفا فادعاه المضارب لم يثبت
نسبه ويغرم العقر فان زادت قيمة الولد حتى صارت الفين ثبت النسب من المضارب
لانه ملك بعضه لظهور الربح في الولد بزيادة قيمته فيعتق ربعه عليه ولا ضمان
عليه لانه عتق بزيادة القيمة ولا صنع له فيها ويسعى العبد في ثلثة ارباع قيمته
لرب المال والجارية على حالها لم يصر ام ولد للمضارب ما لم يستوف رب المال
العقر والسعاية لان المضارب لا يظهر له الربح في الجارية حتى يصل الى رب
المال شيء من المال فلا يملك شيئا منها ولا صحة للاستيلاد بدون الملك
ولو لم تزد قيمة الولد ولكن زادت قيمة الام فصارت الفين فان الجارية ام ولد
له لظهور الربح فيها بزيادة قيمتها وعلى المضارب ثلثة ارباع قيمتها لرب المال

وان لم يكن له صنع فيها لان ضمانها ضمان تملك لهذا استوى فيه اليسار
والاعسار فيستوى ان يكون بفعله او من طريق الحكم ولا يثبت نسب الولد
من المضارب لانه لم يملك من الولد شيئا ما لم يأخذ رب المال شيئا من
راس ماله ولو زادت قيمتهما جميعا فصارت قيمة كل واحد منهما الفى درهم
يثبت نسب الولد ويصير الجارية ام ولد لانه ملك بعض كل واحد منهما لانه
ظهر الفضل في كل واحد منهما بزيادة قيمته ويضمن المضارب لرب المال
تمام قيمة الجارية الفى درهم وعشر مائة درهم وظهر ان رب المال استوفى
راس ماله واستوفى من الربح الفا ومائة وللمضارب ان يستوفى من ربح الولد
مقدار الف ومائة فعتق الولد منه بذلك المقدار وبقى من الولد مقدار تسعمائة
ربح بينهما لكل واحد منهما اربعمائة وخمسون فما اصاب المضارب عتق
وما اصاب رب المال سعى فيه الولد قال عيسى هذا الجواب خطأ
والصحيح ان يقال يضمن المضارب من الام ثلثة ارباع قيمتها ويضمن نصف
العقر وبقى الولد ربحا بينهما سعى في نصف قيمته لرب المال وسقط عنه
النصف بحصة المضارب قال القدوري وهذا الذى ذكره عيسى هو جواب
محمد في المسئلة التى قدمناها اذا لم يزد قيمة كل واحد منهما وعلى قياس
ما قال محمد في مسئلة الزيادة يجب ان يقول اذا لم تزد قيمتها ينبغى ان يغرم
المضارب الفا ومائة ثم يستوفى المضارب من الولد مائة وبقى تسعمائة بينهما
فمن اصحابنا من قال القياس ما اجاب به في المسئلة التى لم يزد القيمة فيها
ووجهه ان المضارب لا يغرم بعد ما غرم تمام راس ماله الا نصف ما بقى
من الام لان نصف ما بقى من الام ربح بينهما فلا يجوز ان يغرم الكل والذى
اجاب به في مسئلة الزيادة هو الاستحسان لان في غرم تمام قيمة الجارية
تكثير العتق والرق اذا اجتمعا غلبت الحرية الرق ومن اصحابنا من قال
انما افترقت المسئلتان لوضعهما لان سبب العتق في مسئلة الزيادة زيادة
قيمة الولد وفي المسئلة الاخرى سبب العتق قبض رب المال العقر فلما شارك
رب المال المضارب في سبب عتقه لم يجز ان يجمع ربحه في الجارية واما في
المسئلة الاخرى لما كان عتقه بسبب الزيادة صرف نصيب رب المال الى الجارية
لان المضارب قد ملكها وقد قيل ايضا ان تلك المسئلة انما قصد تكثير
العتق وفي المسئلة الاخرى اذا لم يزد القيمة لا يتبين تكثير العتق لان الفضل
فيما بينهما مقدار نصف العشر فلا يتبين بذلك المقدار تكثير العتق وقد قالوا

في

في المضارب اذا اشترى جارية بالف فولدت ولدا يساوى الفا فادعاه رب
المال ثبت النسب وعتق الولد وصارت الجارية ام ولد له وانتقضت المضاربة
ولا ضمان عليه لان دعوته صادفت ملكه فيثبت النسب واستندت الدعوة الى
وقت العلوق ولا قيمة للولد في ذلك الوقت ولا فضل في المال فلا يجب عليه
القيمة ولا العقر لانه وطى ملك نفسه وليس له ان يزوج عبدا ولا امة
من مال المضاربة في قول ابى حنيفة ومحمد وعند ابى يوسف يزوج الامة
ولا يزوج العبد وقد ذكرنا المسئلة في موضع آخر وروى ابن رستم
عن محمد انه ليس له ان يتزوج امة من مال المضاربة لانه لا يملك
ان يشترى شيئا من مال المضاربة لنفسه فلا يملك ان يعقد على جارية
المضاربة لنفسه فان تزوج باذن رب المال فهو جائز اذا لم يكن في
المال ربح وقد خرجت من المضاربة اما الجواز فلانه اذا لم يكن في المال
ربح لم يكن للمضارب فيها ملك وانما له فيها حق التصرف وانه لا يملك
النكاح كالعبد المأذون واما خروج الامة عن المضاربة فلان العادة
ان من تزوج امة حصنها ومنعها من الخروج والبروز والمضاربة تقتضى
العرض على البيع وابرازها للمشترى فكان اتفاقهما على التزويج اخراجا
منهما اياها عن المضاربة ويحسب مقدار قيمتها من راس المال لانه
لما اخرجها من المضاربة صار كانه استرد ذلك القدر من راس
المال وقد قال الحسن بن زياد عن ابى حنيفة ان المضارب لا يملك ان
يزوج امة من المضاربة لعبد من المضاربة لان تصرف المضارب يختص
بالتجارة والتزويج ليس من التجارة وذكر القدورى وقال
ينبغى ان يكون هذا قولهم لان عند ابى يوسف ان كان يملك تزويج الامة
لا يملك تزويج العبد ولو اخذ المضارب نخلا او شجرا او رطابا معاملة
على ان ينفق من المال لم يجز على رب المال وان كان قال له رب المال حين
دفع المال اليه اعمل في ذلك برأيك لان الاخذ منه معاملة عقد على منافع
نفسه ومنافع نفس المضارب لا تدخل تحت عقد المضاربة فصار
كالواجر نفسه للخدمة ولا يعتبر ما شرط من الانفاق ولان ذلك ليس
بمعقود عليه بل هو تابع للعمل كالخيط في اجارة الخياطة والصبغ في الصباغة
وكذا لا يعتبر قوله اعمل برأيك لما ذكرنا ان ذلك يفيد تفويض الرأى اليه
في المضاربة والمضاربة تصرف في المال وهذا عقد على منافع نفسه ومنافع

نفس المضارب لا يجوز ان يستحق بدلها رب المال ولو اخذ ارضاً مزارعة
على ان يزرعها فما خرج من ذلك كان نصفين فاشترى طعاما ببعض المزارعة
فزرعه قال محمد هذا يجوز ان كان قال له اعمل فيه برأيك وان لم يكن قال له اعمل
برأيك لم يجز لانه يوجب حقا لرب الارض في مال رب المال فيصير كانه
شارك بمال المضاربة وانه لا يملك الاشراك باطلاق العقد ما لم يقل اعمل
برأيك فاذا قال ملك كذا ههنا وقد قال الحسن بن زياد ان الارض والبذر
والبقر اذا كان من قبل رب الارض والعمل على المضارب لم يكن ذلك على المضاربة
بل يكون للمضارب خاصة لما ذكرنا انه عقد على منافع نفسه[2] فلا يستحقه — [2] فكان له بدل منافع نفسه
رب المال وكذلك اذا شرط البقر على المضارب لان العقد وقع على منفعته
وانما البقر آلة العمل والآلة تبع ما لم يقع عليها العقد ولو دفع المضارب
ارضاً بغير بذر مزارعة جازت سواء قال له اعمل برأيك او لم يقل لانه لم يوجب
شركة في مال رب المال انما آجر ارضه والاجارة داخلة تحت عقد المضاربة والله تعالى
اعلم واما القسم الذي للمضارب ان يعمله اذا قيل له اعمل برأيك وان لم ينص
عليه فالمضاربة والشركة والخلطة فله ان يدفع مال المضاربة مضاربة الى
غيره وان يشارك غيره في مال المضاربة شركة عنان وان يخلط مال
المضاربة بمال نفسه اذا قال له رب المال اعمل فيه برأيك وليس له ان يعمل شيئا
من ذلك اذا لم يقل له ذلك اما المضاربة فلان المضاربة مثل المضاربة والشيء
لا يستتبع مثله فلا يستفاد بمطلق عقد المضاربة مثله ولهذا لا يملك الوكيل
التوكيل بمطلق العقد كذا ههنا واما الشركة فهي اولى ان لا يملكها بمطلق
العقد لانها اعم من المضاربة والشيء لا يستتبع مثله فما فوقه اولى واما
الخلطة فلانه يوجب في مال رب المال حقا لغيره فلا يجوز الا باذنه
وان لم يقل له ذلك فدفع المضارب مال المضاربة مضاربة الى غيره فنقول
لا يخلو من وجوه اما ان كانت المضاربتان صحيحتين واما ان كانتا فاسدتين
واما ان كانت احديهما صحيحة والاخرى فاسدة فان كانتا صحيحتين
فان المال لا يكون مضمونا على المضارب الاول بمجرد الدفع الى الثاني حتى لو هلك
المال في يد الثاني قبل ان يعمل يهلك امانة وهذا قول اصحابنا الثلاثة
وقال زفر يصير مضمونا بنفس الدفع عمل الثاني او لم يعمل واذا هلك
قبل العمل يضمن وهو رواية عن ابي يوسف ايضا وجه قول زفر ان رب المال
اذا لم يقل للمضارب اعمل برأيك لم يملك دفع المال مضاربة الى غيره فاذا دفع

صار

صار بالدفع مخالفا فصار مضمونا عليه كالمودع اذا اودع ولنا ان مجرد الدفع
ابداع منه وهو يملك ابداع مال المضاربة ولا يضمن بالدفع ثم روى الحسن عن
ابي حنيفة انه لا ضمان على الاول حتى يعمل به الثاني ويربح فاذا عمل وربح كان
ضامنا حين ربح فان عمل بالمال ولم يربح حتى ضاع من يده فلا ضمان عليه
وروى محمد عن ابي يوسف انه لا ضمان عليه حتى يعمل الثاني فاذا عمل ضمن
ربح الثاني او لم يربح وهكذا روى ابن سماعة والفضل بن غانم عن ابي يوسف
وهو قول محمد وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان هذا ظاهر
الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله وجه قولهما انه لما عمل فقد تصرف
في المال بغير اذن المالك فيتعلق به الضمان سواء ربح او لم يربح ولابي حنيفة
انه لا سبيل الى التضمين بالدفع لانه ابضاع وابداع ولا يضمن بالعمل لانه ما لم
يربح فهو في حكم المبضع والمبضع لا يضمن بالعمل ولا يجوز ان يضمن بالشرط
لانه مجرد قول ومجرد القول في ملك الغير لا يتعلق به ضمان لكنه اذا
ربح فقد ثبت له شركة في المال باثبات المضارب الاول فصار الاول
مخالفا فيضمن كما لو خلط مال المضاربة بغيره او شارك به واذا وجب
الضمان بالعمل والربح او بنفس العمل على اختلافهم في ذلك فرب المال
بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني اما على اصل ابي يوسف ومحمد
في المودع اذا اودع فظاهر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد
منهما لان الاول تعدى بالدفع والثاني تعدى بالقبض فصار عندهما كالمودع
اذا اودع واما على اصل ابي حنيفة في مسئلة الوديعة فيحتاج الى الفرق
لان الضمان عنده على المودع لا على الثاني وفي مسئلة المضاربة ثبت خيار — [2] الاول صح
تضمين الاول لان المضارب الثاني يعمل في المال لمنفعة نفسه وهو
الربح فكان عاملا لنفسه فجاز ان يضمن والمودع الثاني يقبض لمنفعة
نفسه بل لمنفعة الاول بحفظ الوديعة فلم يضمن فان ضمن المضارب الاول
لا يرجع بما ضمن على الثاني وصحت المضاربة بين الاول وبين الثاني والربح على ما
شرطا لانه لما تقرر الضمان على الاول فقد ملك المضمون فصار كانه دفع مال
نفسه مضاربة الى الثاني وكان الربح على ما شرطا لان الشرط قد صح وان
ضمن الثاني يرجع بما ضمن على الاول لان الاول غره بالعقد فصار مغرورا من — [2] وصار حاصل الضمان على الاول صح
جهته فكان له ان يرجع عليه بما ضمن كمودع الغاصب وهو ضمان كفالة في الحقيقة
لان الاول التزم له سلامة المقبوض عن الضمان ولم يسلم له على ان هذا ... وهو

ما اذا غصب رجل شيا فرهنه فهلك في يد المرتهن فاختار المالك تضمين المرتهن
انه يرجع على الراهن بما ضمن ولا يصح عقد الرهن ووجه الفرق ان قبض
المرهون شرط صحة الرهن ولما ضمن المرتهن تبين ان قبضه لم يصح فتبين
ان الرهن لم يصح اذ لا صحة له بدون القبض واما في المضاربة فتضمين الثاني
ابطال القبض بعد وجوده لان المضاربة عقد جائز وكان لبقايه حكم الابتدا كانه
ابتدا العقد بعد ادا الضمان وكان التضمين ابطال القبض بعد وجوده
وذلك لا يبطل المضاربة الا ترى ان المضارب لو باع المال من رب المال
لا تبطل المضاربة وان بطل قبضه ولو رد المرتهن الرهن على الراهن يبطل
الرهن لذلك افترقا وذكر ابن سماعة عن محمد انه يطيب الربح للاسفل
ولا يطيب للاعلى في قياس قول ابي حنيفة لان استحقاق الاسفل بعمله ولا
خطر في عمله فيطيب له الربح فاما الاعلى فانما يستحق الربح براس المال
والملك في راس المال انما حصل له بالضمان فلا يخلو عن نوع خبث فلا
يطيب له وان كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما لان الاول اجير في
مال المضاربة والثاني اجير للاول فصار كمن استاجر رجلا يعمل في ماله
فاستاجر الاجير رجلا وان كانت احداهما صحيحة والاخرى فاسدة فان
كانت الاولى صحيحة والاخرى فاسدة فكذلك لا ضمان على واحد منهما وان عمل
المضارب[ط] في المال لان المضارب الثاني اجير الاول والاجير لا يستحق شيا — ط الثاني م
من الربح فلم تثبت له شركة في راس المال فلا يجب الضمان على الاول ولا على الثاني
لانه لا ضمان على الاجير وله اجر مثله على المضارب الاول وللمضارب الاول — عمله م
ما شرط من الربح لوقوع المضاربة صحيحة وان كانت الاولى فاسدة
والثانية صحيحة فكذلك لان الاول اجير في المضاربة ولا حق له في الربح فلم — مال م
ينفذ شرطه فيه فلا يلزمه الضمان اذ الضمان انما يجب باثبات الشركة ويكون
الربح كله لرب المال لانه ربح حصل في مضاربة فاسدة وللمضارب الاول
اجر مثله لان عمل الثاني وقع له فكانه عمل بنفسه وللثاني مثل ما شرط له — على الاول م
من الربح لانه عمل لمضاربة صحيحة وقد سمي له شيا وهو مستحق للغير
فيضمن هذا الذي لم يقل له رب المال اعمل برايك فاما اذا قال له ذلك فله ان
يدفع مال المضاربة مضاربة وكان له ذلك ثم اذا عمل الثاني وربح كيف — الى غيره لانه فوض الراي اليه وقد راى ان يدفعه مضاربة م
يقسم الربح فجملة الكلام فيه ان رب المال لا يخلو اما ان اطلق الربح في عقد
المضاربة ولم يضفه الى المضارب بان قال على ان ما رزق الله تعالى من ربح فهو

بيننا نصفان[ط] واما ان اضافه الى المضارب بان قال على ان ما رزقك الله من ربح فهو — ط او على ان ما اطعم الله من ربح فهو بيننا نصفان م
بيننا نصفان او ما اطعمك الله من ربح او على ان ما ربحت من شي او ما اصبت من
ربح وان اطلق الربح ولم يضفه الى المضارب ثم دفع المضارب الاول المال
الى غيره مضاربة بالثلث فربح الثاني فثلث الربح للثاني لان شرط الاول
للثاني قد صح لانه يملك نصف الربح فكان ثلث جميع الربح للثاني بعض ما
يستحقه الاول فجاز شرطه فكان ثلث جميع الربح للثاني ونصفه لرب
المال لان الاول لا يملك من نصيب رب المال شيا فانصرف شرطه الى
نصيبه لا الى نصيب رب المال وبقي نصيب رب المال على حاله وهو النصف
وسدس الربح للمضارب الاول لانه لم يجعله للثاني فبقي له بالعقد الاول
ويطيب له ذلك لان عمل المضارب الثاني وقع له فكانه عمل بنفسه كمن
استاجر انسانا على خياطة ثوب بدرهم فاستاجر الاجير من خاطه بنصف
درهم طاب له الفضل لان عمل اجيره وقع له فكانه عمل بنفسه كذا هذا ولو
دفع الى الثاني مضاربة بالنصف فنصف الربح للثاني ونصفه لرب المال
ولا شي للمضارب الاول لانه جعل جميع ما يستحقه وهو نصف الربح للثاني
وصح جعله لانه مالك للنصف والنصف لرب المال بالعقد الاول وصار
كمن استاجر رجلا على خياطة ثوب بدرهم فاستاجر الاجير من خاطه بدرهم
ولو دفعه اليه مضاربة بالثلثين فنصف الربح لرب المال ونصفه
للمضارب الثاني ويرجع الثاني على الاول بمثل سدس الربح الذي شرط له
لان شرطه الزيادة ان لم ينفذ في حق رب المال لما لم يرض لنفسه باقل من
نصف الربح فقد صح فيما بين الاول والثاني لان الاول غر الثاني بتسمية
الزيادة والغرور في العقود من اسباب وجوب الضمان وهو في الحقيقة — الغرور سبب وجوب الضمان في عقود المعاوضة
ضمان الكفالة وهو ان الاول صار ملتزما سلامة هذا القدر للثاني ولم يسلم
له[٢] فيغرم للثاني مثل سدس الربح ولا يصير بذلك مخالفا كمن استاجر رجلا — ٢ لان شرطه لم ينفذ في حق رب المال فالتحق بالعدم في حقه فلا يضمن فصار م
لخياطة ثوب بدرهم فاستاجر الاجير من يخيطه بدرهم ونصف انه يضمن
زيادة الاجرة كذا هذا وان اضافه الى المضارب فدفعه الاول مضاربة
الى غيره بالثلث او بالنصف او بالثلثين فجميع ما شرط للثاني من الربح يسلم
له وما شرط للمضارب الاول من الربح يكون بينه وبين رب المال نصفين
بخلاف الفصل الاول ووجه الفرق ان هاهنا شرط رب المال لنفسه
نصف ما رزق الله تعالى المضارب او نصف ما ربح المضارب فاذا دفعه

الي الثاني مضاربة بالثلث فان الذي رزق الله تعالى المضارب الاول الثلثان
وكان الثلث للثاني والثلثان بين رب المال والمضارب الاول نصفين
لكل واحد منهما الثلث واذا دفعه مضاربة بالنصف كان ما رزق الله تعالى
المضارب الاول النصف وكان النصف للثاني والنصف بينهما نصفين
وان دفعه مضاربة بالثلثين كان الذي رزقه الله تعالى الثلث والثلثان
للثاني والثلث بينهما لكل واحد منهما السدس وفي الفصل الاول رب المال
انما شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى ونصف جميع الربح
وذلك ينصرف الي كل الربح وكذا ان خلط مال المضاربة بمال نفسه لانه فوض
الراي اليه وقد راي الخلط واذا ربح قسم الربح على المالين فربح ماله يكون
له خاصة وربح مال المضاربة يكون بينهما على الشرط وكذا ان شارك
غيره شركة عنان لما قلنا ويقسم الربح بينهما على الشرط لان الشرط قد
صح واذا قسم الربح بينهما يكون مال المضاربة مع حصة المضارب
فيستوفي منها رب المال راس ماله وما فضل يكون بينهما على الشرط
واما القسم الذي ليس للمضارب ان يفعله اصلا وراسا فشرا ما لا يملك ماله
يملك بالقبض وما لا يجوز بيعه فيه اذا قبضه اما الاول فنحو شرا
الميتة والدم والخمر والخنزير وام الولد والمكاتب والمدبر لان المضاربة
تتضمن الاذن بالتصرف الذي يحصل به الربح والربح لا يحصل الا بالشرا
والبيع فما لا يملك بالشرا لا يحصل فيه الربح وما يملك بالشرا لكن لا يقدر
علي بيعه لا يحصل منه الربح ايضا فلا يدخل تحت الاذن فان اشتري شيا
من ذلك كان مشتريا لنفسه لا للمضاربة فان دفع فيه شيا من مال
المضاربة يضمن وان اشتري عبدا او ثوبا او عرضا من العروض بشي
مما ذكرنا سوي الميتة والدم فالشرا علي المضاربة لان المبيع هاهنا مما يملك
بالقبض ويجوز بيعه وكان هذا شرا فاسدا والاذن بالشرا المستفاد
بعقد المضاربة يتناول الصحيح والفاسد واما اذا كان الثمن ميتة
او دما فما اشتراه لا يكون المشترا للمضاربة بل يكون مشتريا لنفسه لانه م
لو وقع شراوه للمضاربة لعتق علي رب المال فلا يقدر علي بيعه بعد
ذلك فلا يحصل المقصود من الاذن فلا يدخل تحت الاذن ولو اشتري
ذا رحم محرم من نفسه فان لم يكن في المال ربح فالشرا علي المضاربة لانه
لا ملك له فيه فيقدر علي بيعه فيحصل المقصود وان كان في المال ربح

م علي المضاربة لان الميتة والدم لا يملك بالعقد اصلا واما الثاني فنحو ان يشتري ذا رحم محرم من رب المال فلو يكون م

لم يكن الشرا علي المضاربة لانه اذا كان في المضاربة ربح يملك قدر نصيبه
من الربح فيعتق ذلك القدر عليه فلا يقدر علي بيعه ولا علي بيع الباقي
لانه معتق البعض وما لا يقدر علي بيعه لا يكون للمضاربة لما قلنا والله
اعلم واما المضاربة المقيدة فحكمها حكم المضاربة المطلقة في جميع
ما ذكرنا لا يفترقان الا في قدر القيد والاصل فيه ان القيد اذا كان مفيدا
يثبت لان الاصل في الشروط اعتبارها ما امكن واذا كان القيد مفيدا كان
يمكن الاعتبار فيعتبر لقول النبي صلي الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم
فيتقيد بالمذكور ويبقي مطلقا فيما وراه علي الاصل المعهود في المطلق
اذا قيد ببعض المذكور انه يبقي مطلقا فيما وراه كالعام اذا خص منه
بعضه انه يبقي عاما فيما وراه وان لم يكن مفيدا لا يثبت بل يبقي مطلقا
لان ما لا فايدة فيه يلغو ويلحق بالعدم اذا عرف هذا فنقول اذا دفع
الرجل الي رجل الفا مضاربة علي ان يعمل بها بالكوفة فليس له ان
يعمل بها في غير الكوفة لان قوله علي ان من الفاظ الشروط وانه شرط
مفيد لان الاماكن تختلف بالرخص والغلا وكذا في السفر خطر فيعتبر
وحقيقة الفقه في ذلك ان الاذن كان عدما وانما يحدث بالعقد فيبقي
فيما لم يتناوله العقد علي اصل العدم ولذا لا يعطيها بضاعة لمن يخرج بها
من الكوفة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه فلان لا يملك الامر بذلك اولي
وان اخرجها من الكوفة فان اشتري بها او باع ضمن وكان المشتري لنفسه
له ربحه وعليه وضيعته لانه تصرف لا علي الوجه الماذون فيه فصار
مخالفا فيضمن وان لم يشتر بها شيا حتي ردها الي الكوفة برئ من الضمان
كالمودع اذا خالف ثم عاد الي الوفاق ولو اشتري ببعضه ورد بعضه
فما اشتراه فهو له وما رد علي المضاربة لانه تقرر الخلاف في القدر
المشترا وزال عن القدر المردود ولو دفع اليه علي ان يعمل في سوق
الكوفة فعمل بالكوفة في غير سوقها فهو جايز علي المضاربة استحسانا
والقياس ان لا يجوز وجه القياس انه شرط عليه العمل في مكان معين
فلا يجوز في غيره كما لو شرط ذلك في بلد معين وجه الاستحسان
ان التعليق بسوق الكوفة غير مفيد لان البلد الواحد بمنزلة بقعة
واحدة فلا فايدة في التعليق بهذا الشرط فيلغو الشرط ولو قال لا تعمل به
في سوق الكوفة او لا تعمل به الا في سوق الكوفة فعمل في غير السوق

م ورجع المال مضاربة على حاله لانه عاد الى الوفاق قبل تقرر الخلاف فبرئ عن الضمان م

م وكان المشتري لنفسه له ربحه وعليه وضيعته لكن لا يطيب له الربح عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يطيب م

يصح لان قوله لا تعمل الا في سوق الكوفة حجر عليه فلا يجوز تصرفه بعد
الحجر وفي الفصل الاول ما حجر عليه بل شرط عليه ان يكون عمله في السوق
والشرط غير مفيد فلغا ولو قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لم
يجز له العمل في غيرها لان في كلمة ظرف فقد جعل الكوفة ظرفا للتصرف
الذي اذن له فيه فلو جاز في غيرها لم يكن الكوفة ظرفا لتصرفه وكذلك
اذا قال فاعمل به في الكوفة لما قلنا ولان الفا من حروف التعليق
فيوجب تعلق ما قبلها بما بعدها وانما يتعلق اذا لم يجز التصرف
في غيرها وكذلك اذا قال خذ هذا المال بالنصف في الكوفة لان
البا حرف الصاق فيقتضي الصاق الصفة بالموصوف وهذا يمنع
جواز التصرف في غيرها ولو قال خذ هذا المال مضاربة واعمل به
في الكوفة فله ان يعمل بالكوفة وحيث ما بدا له لان قوله خذ هذا المال
مضاربة اقرار بالتصرف مطلقا وقوله واعمل به في الكوفة اذن
بالكوفة وكان له ان يعمل في اي موضع شا كمن قال لغيره اعتق عبدا من
عبيدي ثم قال له اعتق عبدي سالما ان له ان يعتق اي عبد شا ولا
يتقيد التوكيل باعتاق سالم كذا هذا اذ المضاربة توكيل بالشرا والبيع
ولو قال خذ هذا المال مضاربة الى سنة جازت المضاربة عندنا وقال
الشافعي المضاربة فاسدة وجه قوله انه اذا وقت المضاربة فقد يحتمل
انه لا يجد ربحا في الوقت فلا يفيد العقد فائدة ولنا ان المضاربة
توكيل والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت وذكر الطحاوي
وقال لم نجد عن اصحابنا توقيت المضاربة وقاس قولهم في الوكالة انها
لا تختص بالوقت لانهم قالوا لو وكل رجلا ببيع عبده اليوم فباعه غدا
جاز كالوكالة المطلقة وما قاله ليس بسديد لانهم قالوا في الوكيل اذا
قال له بعه اليوم ولا تبعه غدا جاز ذلك وان لم يكن له ان يبيعه
غدا وكذا اذا قيل له على ان تبيعه اليوم دون غد ولو قال خذ هذا المال
مضاربة بالنصف على ان تشتري به الطعام او قال خذ هذا المال مضاربة
بالنصف في الطعام فذلك كله سوا وليس له ان يشتري سوى ذلك بالاجماع
لما ذكرنا ان على للشرط والاصل في الشرط المذكور في الكلام اعتباره والفا
لتعليق ما قبلها بما بعدها وقوله تشتري به الطعام تفسير التصرف
الماذون فيه وقوله في الطعام ففي كلمة ظرف فاذا دخلت على ما لا يصح ظرفا

او قال فاشتر به الطعام
او قال اشتر به الطعام
صح

تصير

تصير بمعنى الشرط وكل ذلك يقتضي التقييد بالشرط المذكور وانه شرط
مفيد لان بعض انواع التجارة قد يكون اقرب الى المقصود من البعض ولان
الناس يختلفون في ذلك فقد يهتدي الانسان الى بعض التجارة دون بعض
فكان الشرط مفيدا فيتقيد به فلا يملك ان يشتري غير الطعام والطعام
هو الحنطة ودقيقها اذ لا يراد بها كل ما يطعم بل البعض دون البعض والامر
يختلف باختلاف عادة البلدان فاسم الطعام في عرفهم لا يطلق الا على
الحنطة ودقيقها وكذلك لو ذكر جنسا اخر بان قال له خذ هذا المال
مضاربة بالنصف على ان تشتري به الدقيق او الخز او البز او غير ذلك
ليس له ان يعمل في غير ذلك الجنس بلا خلاف لكن له ان يشتري ذلك
الجنس في المصر وغيره وان يصنع فيه وان يعمل فيه جميع ما يعمله المضارب
في المضاربة المطلقة لما ذكرنا ان اللفظ المطلق اذا قيد ببعض الاشيا يبقى
على اطلاقه فيما وراه ولو قال له على ان تشتري من فلان وتبيع منه جاز
عندنا وهو على فلان خاصة ليس له ان يشتري ويبيع من غيره وقال
الشافعي المضاربة فاسدة لان في تعيين الشخص تضييق طريق الوصول
الى المقصود من التصرف وهو الربح وتغيير لمقتضى العقد ايضا لان مقتضى
العقد التصرف مع من شا ولنا ان هذا شرط مفيد لاختلاف الناس في
الثقة والامانة لان الشرا من بعض الناس قد يكون اربح لكونه سهل
البيع وقد يكون اوثق على المال فكان التقييد مفيدا كالتقييد بنوع
دون نوع وقوله التعيين تغيير مقتضى العقد قلنا هو تغيير مقتضى
مطلق العقد لا مقتضى عقد مقيد وهذا مقيد قال ابن سماعة سمعت
محمدا قال في رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فقال له ان اشتريت به الحنطة
فلك من الربح النصف ولي النصف وان اشتريت به الدقيق فلك الثلث
ولي الثلثان قال هذا جائز وله ان يشتري اي ذلك شا على ما سمى له رب
المال لانه خيره بين عملين مختلفين فيجوز كما لو خير الخياط بين خياطة
الرومية والفارسية ولو دفع اليه على انه ان عمل في المصر فله الثلث وان
سافر فله النصف جاز والربح بينهما على ما شرطا ان عمل في المصر فله
الثلث وان سافر فله النصف ولو اشترى في المصر وباع في السفر او اشترى
في السفر وباع في المصر فقد روي عن محمد انه قال المضاربة في هذا على
الشرا فان اشترى في المصر فما ربح في ذلك المتاع فهو على ما شرط في المصر سوا

باعه في المصر او في غيره لان المضارب انما يستحق الربح بالعمل والعمل عمل
بالشرا فاذا اشترى في المصر تعين احد العملين فلا يتغير بالسفر وان عمل
ببعض المال في السفر وبالبعض في المصر فربح كل واحد من المالين على ما
شرط لا محالة ولو قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة وتبيع فاشترى
وباع من رجال بالكوفة من غير اهلها فهو جائز لان هذا الشرط لا يفيد
الا ترك السفر كانه قال على ان تشتري بها بالكوفة وكذلك اذا دفع اليه مالا
مضاربة في الصرف على ان تشتري من الصيارفة وتبيع كان له ان يشتري
من غير الصيارفة ما بدا له من الصرف لان التقييد بالصيارفة لا يفيد الا
تخصيص البلد او النوع ولو دفع اليه مالا مضاربة ثم قال بعد ذلك اشتر
فاذا حصل ذلك من صرف او غيره فهو سواء صح
به البز وبع فله ان يشتري البز وغيره لان هذا وقوله خذ هذا المال مضاربة
واعمل فيه بالكوفة سوا الا ان القيد هناك مقارن وهنا متراخي وذكر
القدوري ان هذا محمول على انه نهاه بعد الشرا والحكم في التقييد الطاري
على مطلق العقد انه ان كان ذلك قبل الشرا يعمل وان كان بعد ما اشترى
الى ان يبيعه بمال عين فيعمل القيد عند ذلك حتى لا يجوز ان يشتري الا ما قال صح
به لا يعمل ولو دفع اليه مالا مضاربة على ان يشتري ويبيع بالنقد جاز
ط فليس له ان يشتري ويبيع الا بالنقد
لان التقييد مفيد ولو قال له بع بنسيئة ولا تبع بالنقد فباع بالنقد
جاز لان النقد انفع من النسيئة فلم يكن التقييد بها مفيدا فلم يثبت القيد
فصار كما لو قال للوكيل بع بعشرة فباع باكثر منها جاز كذا هنا والله اعلم
واما الذي يرجع الى عمل رب المال مما له ان يعمله وما ليس له ان يعمله فقد
قال اصحابنا اذا باع رب المال مال المضاربة بمثل قيمته او اكثر جاز
بيعه واذا باع باقل من قيمته لم يجز الا ان يجيزه المضارب سوا باع باقل
من قيمته مما لا يتغابن الناس فيه او مما يتغابن الناس فيه لان جواز بيع رب
المال من طريق الاعانة للمضارب وليس من الاعانة ادخال النقص عليه بل هو
استهلاك فلا يحتمل قل او كثر وعلى هذا لو كان المضارب اثنين فباع احدهما
باذن رب المال لم يجز ان يبيعه الا بمثل القيمة او اكثر الا ان يجيز المضارب
الاخر لان احد المضاربين لا ينفرد بالتصرف بنفس العقد بل باذن رب
المال وهو لا يملك التصرف فيه اذا كان فيه غبن فلا يملك الامر به واذا
اشترى المضارب بمال المضاربة متاعا وفيه فضل او لا فضل فيه فاراد رب
المال بيع ذلك فابى المضارب واراد امساكه حتى يجد ربحا فان المضارب يجبر
على بيعه الا ان يشا ان يدفعه الى رب المال لان منع المالك عن تنفيذ ارادته في

بلغ

ملكه

ملكه يحتمل الثبوت والعدم وهو الربح لا سبيل اليه ولكن يقال له ادفع اليه
يقال له ان اردت فاد فرق عليه ماله وان كان فيه ربح صح
راس المال وحصته من الربح ويسلم المتاع لك ولو اخذ رجل مالا ليعمل لاجل
ابنه مضاربة فان كان الابن صغيرا لا يعقل البيع فالمضاربة للاب ولا شي
للابن من الربح لان الربح في باب المضاربة يستحق بالمال او بالعمل وليس للابن
واحد منهما وان كان الابن يقدر على العمل فالمضاربة للابن والربح له ان عمل
فان عمل صح
الاب بامر الابن فهو متطوع وان عمل بغير اذنه صار بمنزلة الغاصب لانه
ليس له ان يعمل فيه بغير امره مضاربة كالاجنبي وقد قالوا في المضارب
اذا اشترى جارية فليس لرب المال ان يطاها سوا كان فيه ربح او لم يكن
اما اذا كان فيه ربح فلا شك فيه لان للمشتري فيها ملكا ولا يجوز وطي الجارية
المشتركة وان لم يكن فيها ربح فللمضارب فيها حق يشبه الملك بدليل ان
رب المال لا يملك منعه من التصرف ولو مات كان للمضارب ان يبيعها
فصارت كالجارية المشتركة ويجوز شرا رب المال من المضارب وشرا المضارب
من رب المال في قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز الشرا بينهما في مال
وان لم يكن في المضاربة ربح صح
المضاربة وجه قول زفر ان هذا شرى ماله بماله وبيع ماله بماله اذ
المالان جميعا لرب المال وهذا لا يجوز كالموكل مع الوكيل ولنا ان لرب
المال في مال المضاربة ملك رقبة لا ملك تصرف وانه في حق ملك
التصرف بمنزلة الاجنبي وللمضارب فيه ملك التصرف لا ملك الرقبة فكان
في حق ملك الرقبة كملك الاجنبي حتى لا يملك رب المال منعه عن التصرف
جواز الشرا من المضارب ورب المال
فكان مال المضاربة في حق كل واحد منهما كمال الاجنبي فجاز الشرا بينهما ولو
اشترى المضارب دارا ورب المال شفيعها بدار اخرى بجنبها فله ان ياخذ
بالشفعة لان المشتري وان كان له في الحقيقة لكنه في الحكم كانه ليس له
بدليل انه لا يملك انتزاعه من يد المضارب ولهذا جاز شراؤه من
المضارب ولو باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة
له سوا كان في الدار المبيعة ربح وقت البيع او لم يكن اما اذا لم يكن فيها ربح
فلان المضارب وكيله بالبيع والوكيل ببيع الدار اذا باع لا يكون للموكل الاخذ
بالشفعة وان كان فيها ربح فاما حصة رب المال فكذلك هو وكيل ببيعها
واما حصة المضارب فلانا لو اوجبنا فيها الشفعة لتفرقت الصفقة على
المشتري ولان الربح تابع لراس المال فاذا لم تجب الشفعة في المتبوع لا تجب في
التابع ولو باع رب المال دارا لنفسه والمضارب شفيعها بدار اخرى من المضاربة

فان كان في يده من مال المضاربة وفا بثمن الدار لم تجب الشفعة لانه لو اخذ بالشفعة
لوقع لرب المال والشفعة لا تجب لبايع الدار وان لم يكن في يده وفا فان لم يكن
في الدار ربح فلا شفعة لانه اخذها لرب المال وان كان فيه ربح فللمضارب
ان ياخذها لنفسه ولو ان اجنبيا اشترى دارا الى جنب دار المضاربة فان
كان في يد المضارب وفا بالثمن فله ان ياخذها بالشفعة للمضاربة وان سلم
الشفعة بطلت وليس لرب المال ان ياخذها لنفسه لان الشفعة بطلت
وجبت للمضاربة وملك التصرف في المضاربة للمضارب فاذا سلم جاز تسليمه
على نفسه وعلى رب المال وان لم يكن في يده وفا فان كان في الدار ربح فالشفعة
للمضارب ولرب المال جميعا فان سلم احدهما فللاخر ان ياخذها جميعها
لنفسه بالشفعة كدار بين شريكين وجبت الشفعة لهما وان لم يكن في
الدار ربح فالشفعة لرب المال خاصة لانه لا نصيب للمضارب فيه قال ابو
يوسف اذا استاجر الرجل اجيرا كل شهر بعشرة دراهم ليشتري له ويبيع
ثم دفع المستاجر الى الاجير دراهم مضاربة فالمضاربة فاسدة والربح كله
للدافع ولا شي للاجير سوى الاجرة وقال محمد المضاربة جايزة ولا شي
للاجير في الوقت الذي يكون مشغولا بعمل المضاربة وجه قول محمد انه لما
دفع اليه المضاربة فقد اتفقا على ترك الاجارة ونقضها فما دام يعمل
بالمضاربة فلا اجر له ولان المضاربة شركة ولهذا لا تفتقر الى التوقيت
ولو شاركه بعد ما استاجره جازت الشركة فكذلك المضاربة ولابي يوسف
انه لما استاجره فقد ملك عمله فاذا دفعه مضاربة فقد شرط للمضارب
ربحا بعمل قد ملكه رب المال وهذا لا يجوز ولان المضارب يعمل لنفسه
فلا يجوز ان يستوجب الربح والاجر ولا يجوز ان ينتقض الاجارة بالمضاربة
لان الاجارة اقوى من المضاربة لانها لازمة والمضاربة ليست بلازمة والتي
لا ينتقض بما هو اضعف منه وما ذكره محمد ان المضاربة شركة
فالجواب ان الشريك يستحق الربح بالمال والمضارب بالعمل ورب المال
قد ملك العمل فلا يجوز ان يستحق المضارب به الربح ولان الشريك يعمل لنفسه
فكانه امتنع من عمل الاجارة فسقط عنه الاجرة بحصته والمضارب يعمل
لرب المال فيبقى عمله على الاجارة ولو اشترى المضارب بمال المضاربة
وهو الف عبدا قيمته الف فقتل عمدا فلرب المال القصاص لان العبد
ملكه على الخلوص لا حق للمضارب فيه وان كانت قيمته الفين لم يكن فيه

م بالشفعة لان له نصيبا في ذلك فجاز ان ياخذها لنفسه صح

قصاص

قصاص وان اجتمعا لان كل واحد منهما لم يتعين اما رب المال فلان راس ماله ليس
هو العبد وانما هو الدراهم ولو اراد ان يعين راس ماله في العبد كان للمضارب
ان يمنعه من ذلك حتى يبيع ويدفع اليه من الثمن وان لم يتعين ملك رب المال
لم يتعين ملك المضارب قبل استيفا راس المال واذا لم يتعين ملكهما في
العبد لم يجب القصاص لواحد منهما وان اجتمعا ويوخذ قيمة العبد من
القاتل في ماله في ثلاث سنين لان القصاص سقط في القتل العمد لمانع مع
وجود السبب فتجب الدية في ماله ويكون الماخوذ على المضاربة م فيكون
المضاربة على الثمن وذكر محمد في النوادر اذا كان في يد المضارب عبدان قيمة
كل واحد منهما الف فقتل رجل احد العبدين عمدا لم يكن لرب المال عليه قصاص
لان ملك رب المال لم يتعين في العبد المقتول على ما بينا وعلى القاتل قيمته
في ماله ويكون في المضاربة لما قلنا ثم في كل موضع وجب بالقتل القصاص خرج
العبد عن المضاربة وفي كل موضع وجب بالقتل مال فالمال على المضاربة
لان القصاص اذا استوفي فقد هلك مال المضاربة وهلاك مال المضاربة
يوجب بطلان المضاربة والقيمة بدل مال المضاربة فكانت على المضاربة
كالثمن قال محمد رحمه الله واذا اشترى المضارب ببعض مال المضاربة
عبدا يساوي الفا فقتله رجل عمدا فلا قصاص فيه لا لرب المال ولا للمضارب
ولا لهما اذا اجتمعا اما رب المال فلانه لو استوفي القصاص لا يصير مستوفيا
لراس المال بالقصاص لان القصاص ليس بمال ولهذا لو عفا المريض عن القصاص
كان من جميع المال واذا لم يصر مستوفيا راس ماله يستوفي راس المال من
بقية المال واذا استوفي تبين ان العبد كان ربحا فتبين انه انفرد باستيفا
القصاص عن عبد مشترك واما المضارب فلانه لم يتعين له فيه ملك ولا
يجوز لهما الاجتماع على الاستيفا لهذا المعنى وهو ان حق كل واحد منهما غير متعين
واختلف اصحابنا في قتل العمد اذا ادعي على عبد المضاربة انه هل يشترط
حضور المولى لسماع البينة قال ابو حنيفة ومحمد يشترط وقال ابو يوسف
لا يشترط وجه قوله ان العبد في باب القصاص يبقى على اصل الحرية
بدليل انه لو اقر به يجوز اقراره وان كذبه المولى فلا يتوقف سماع البينة عليه
على حضور المولى كالحر ولهما ان هذه البينة يتعلق بها استحقاق رقبة
العبد فلا تسمع مع غيبة المولى كالبينة القايمة على استحقاق المال والبينة
القايمة على جناية الخطا وفرق لو اجمعا لو اقر العبد بقتل عمد تكذيبه المولى.

م ملك م

م يشترى به المضارب فيبيع لانه بدل مال المضاربة صح

لما قلنا والاصل ان في كل

م قبل صح

لا يملك المولى اقرار القصاص من عبده

والمضارب لزمه القصاص لان الاقرار بالقصاص مما لا يملكه المولى من عبده وهو
مما يملكه فيملكه العبد كالطلاق فان كان الدم بين شريكين وقد اقر به
العبد فعفا احدهما فلا شي للاخر لان موجب الجناية انقلب مالا واقرار
العبد غير مقبول في حق المال فصار كانه اقر بجناية الخطا فان كان
رب المال صدقه في اقراره وكذبه المضارب قيل لرب المال ادفع نصيبك
او افده وان كان المضارب صدقه وكذبه رب المال قيل للمضارب ادفع
نصيبك او افده وصار كاحد الشريكين اذا اقر في العبد بجناية وكذبه
الاخر واما وجوب القصاص على عبد المضاربة وان لم يجب بقتله القصاص
لان عدم الوجوب بقتله لكون مستحق الدم غير متعين فاذا كان هو
القاتل فالمستحق للقصاص هو ولي القتيل وانه متعين وتجوز المرابحة
بين رب المال وبين المضارب وهو ان يشتري رب المال من مضاربه
فيبيعه مرابحة او يشتري المضارب من رب المال فيبيعه مرابحة
لكن يبيعه على اقل الثمنين الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف
شا وانما كان كذلك لان جواز شرا رب المال من المضارب والمضارب
من رب المال ثبت معدولا به عن القياس لما ذكرنا ان رب المال يشتري
مال نفسه بمال نفسه والمضارب يبيع مال رب المال من رب المال
اذ المال ماله والقياس يابى ذلك الا انا استحسنا الجواز لتعلق حق
المضارب بالمال وهو ملك التصرف فجعل ذلك بيعا في حقهما لا في حق
غيرهما بل جعل في حق غيرهما ملحقا بالعدم ولان المرابحة بيع بخبر البايع
من غير بينة واستحلاف فيجب صيانته عن الخيانة وعن تهمة الخيانة
ما امكن وقد تمكنت التهمة في البيع بينهما لجواز ان رب المال باعه من
المضارب باكثر من قيمته ورضي به ورضي به المضارب لان الجود بمال الغير
امر سهل وكانت تهمة الجناية ثابتة والتهمة في هذا الباب ملحقة
بالحقيقة فلا يبيع مرابحة الا على اقل الثمنين وبيان ذلك في مسايل اذا
دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى رب المال عبدا بخمس مايه
فباعه من المضارب بالف فان المضارب يبيعه مرابحة على اقل الثمنين
وذلك خمس مايه اما اذا بين على وجهه فانه يبيعه كيف شا لان المانع هو م الالف م
التهمة وقد زالت ولو اشترى المضارب عبدا بالف المضاربة فباعه من رب
المال بالف ومايتين باعه رب المال مرابحة بالف ومايه ان كانت المضاربة

بالنصف

بالنصف لان الربح ينقسم بين رب المال والمضارب ولا شبهة في حصة
المضارب لانه لا حق فيه لرب المال فصار كان رب المال اشترى ذلك
من اجنبي وتمكنت الشبهة في حصة رب المال لانه ماله بعينه وكانه
اشترى من نفسه فيسقط حصته من الربح الا اذا بين الامر على وجهه
فيبيعه كيف يشا ولو اشترى رب المال سلعة بالف درهم تساوي الفا
وخمس مايه فباعها من المضارب بالف وخمس مايه فان المضارب يبيعها
مرابحة بالف ومايتين وخمسين الا اذا بين الامر على وجهه لما ذكرنا
وذكر ابن سماعة في نوادره سمعت ابا يوسف في مسلة المضاربة وهو اخر
س ما قال اذا اشترى رب المال عبدا بالف فباعه من المضارب بمايه ورا
المال الف في يد المضارب فان المضارب يبيعه على مايه وكذلك لو
م باعه رب المال بمايه م اشتراه المضارب بالف فباعه من رب المال بمايه يبيعه ابدا على اقل
الثمنين لانه لا تهمة في الاقل وانما التهمة في الزيادة فيثبت ما لا تهمة فيه
ويسقط ما فيه تهمة ولو اشتراه رب المال بخمس مايه فباعه من المضارب
بالف ومايه فانه يبيعه مرابحة على خمس مايه وخمسين لان المايه
الزايد على الف ربح فنصفها للمضارب وما اشتراه المضارب من رب
المال لنفسه لا تهمة فيه فيضم حصته من الربح الى القدر الذي اشترى
رب المال ~~المال~~ به ويسقط خمس مايه لانها نصيب رب المال ويسقط
خمسون لانها حق رب المال من الربح فيبيعه مرابحة على خمس مايه
وخمسين ولو اشتراه المضارب بستمايه باعه مرابحة بخمس مايه لانه
لا فضل في ثمنه على راس المال فيسقط كل الربح ويباع على اقل الثمنين
والاصل ان المضارب لا يحتسب شيا من حصة نفسه حتى يكون ما نقد
م على الالف لانه اذا لم يزد م اكثر من الف فيحتسب من حصته نصف ما زاد على الف بان اشترى بمثل
راس المال او باقل منه وله في المال ربح لم يتعين له في المشترى لكونه
مشغولا براس المال فلا يظهر له الربح كانه اشترى ولا ربح في يده وعلى
هذا القياس تجري المسايل فمتى كان بشرا المضارب باقل الثمنين فان
كان للمضارب حصة ضمها الى اقل الثمنين واذا اشترى رب المال من
المضارب يبيعه على اقل الثمنين ويضم اليه حصة المضارب ولو كان
رب المال اشتراه بخمس مايه ثم باعه من المضارب بالفين فان المضارب
يبيعه بالف وخمس مايه راس المال وخمس مايه حصة المضارب من الالفين

لان نصيب رب المال من الثمن الف وخمسماية فتسقط الزيادة فيها على راس
المال وهو الف ويبقى من نصيب رب المال خمسماية ونصيب المضارب
خمسماية ورب المال فيها كالاجنبي فيبيعه مرابحة على الف ولو كان
المضارب اشتراه بالف وباعه من رب المال بالفين باعه رب المال بالف
وخمسماية لان الالف راس المال وخمسماية نصيب المضارب ورب
المال فيها كالاجنبي وخمسماية نصيب رب المال فيجب اسقاطها قال
ابن سماعة وروى عن ابي يوسف انه قال وهو قوله الاخير ان رب المال
اذا اشترى عبدا بعشرة الاف ثم باعه من المضارب بماية باعه المضارب
مرابحة على ماية وكذلك لو اشترى المضارب بعشرة الاف فباعه رب
المال بماية باعه رب المال مرابحة على ماية لان البيع على اقل الثمنين لا تهمة
فيه ولانه اشتراه باقل الثمنين فلا يجوز ان يزيد على الثمن الذي اشتراه
فان قيل كيف يجوز للمضارب الحط على قول ابي يوسف فالجواب
انما لا يجوز حطه عند ابي يوسف ومحمد لحق رب المال فاذا باع من
رب المال وحط فقد رضي رب المال بذلك فجاز واما على قول ابي يوسف
الاول الذي اشار اليه ابن سماعة فهو ان الحط ~~على~~ لا يجوز لانه قال
اذا كان راس المال الفا فربح فيها الفا ثم اشترى بالفين جارية ثم باعها
من رب المال بالف وخمسماية فان رب المال يبيعها مرابحة على الف
وسبع ماية وخمسين لان المضارب حط من الثمن خمسماية نصفها من
نصيبه ونصفها من مال المضاربة وهو يملك فيجوز في نصيبه ولا يملك الخط م
ذلك في مال المضاربة في قول ابي يوسف ومحمد فلم يصح حط نصيب
رب المال فلذلك باع مرابحة على الف وسبع ماية وخمسين فينبغي
على هذا القول اذا باع مرابحة ان يقول قامت علي بكذا ولا يقول اشتريتها
بكذا لان الزيادة لحقت بالثمن حكما والشرا ينصرف الى ما وقع العقد به
والصحيح قوله الاخير لما ذكرنا ان عدم جواز الحط في مال المضاربة لحق رب
المال فاذا اشترى هو فقد رضي بذلك وكانه اذن للمضارب ان يبيعه
بنقصان الاجنبي وذكر محمد رحمه الله في كتاب المضاربة لو اشترى رب
المال عبدا بالف فباعه من المضارب بالفين الف راس المال والف ربح فان
المضارب يبيعه مرابحة على الف وخمسماية يسقط من ذلك ربح رب
المال ويبيع على راس المال وربح المضارب لما بينا ولو كان رب المال اشترى

العبد

العبد بخمسماية والعبد يساوي الفين فباعه من المضارب بالفين فان المضارب
يبيعه مرابحة على الف لان راس المال خمسماية ونصيب المضارب من
المال خمسماية وما سوى ذلك ربح رب المال فلا يثبت حكمه على ما بينا فيما
تقدم الا ان يبين الامر على وجهه فيبيعه كيف شا لان المانع من البيع بجميع
الثمن التهمة فاذا بين فقد زالت التهمة فيجوز البيع ولو اشتراه رب المال
بالف وقيمته الف فباعه من المضارب بالفين الف مضاربة والف ربح فان
المضارب يبيعه مرابحة على الف لانه لما اشترى ما قيمته الف ذهب
ربحه فلم يبق له في المال حصة وصار كله مال رب المال فباعه على راس
ماله ولو كان رب المال اشتراه بخمسماية والمسالة على حالها فان المضارب
يبيعه مرابحة على خمسماية لانه لم يبق للمضارب حصة فصار
شرا مال رب المال بعضه ببعض فيبيعه على راس المال الاول ولو كان
رب المال اشتراه بالفين وقيمته الف فباعه من المضارب بالفين فان
المضارب يبيعه بالف ولا يبيعه على اكثر من ذلك لان قيمته الف فليس
فيه ربح يبيعه عليه ولان رب المال لما باعه بالفين ما يساوي الفا وهما
متهمان في حق الف في العقد فصار كانه اخذ الفا لا على طريق البيع وباعه
العبد بالف فلا يبيعه على اكثر من ذلك ولو كان العبد يساوي الفا وخمس
ماية والمسالة على حالها وقد اشتراه بالف واراد المضارب ان يبيعه مرابحة
باعه مرابحة على الف وماتين وخمسين لان في العبد ربحا للمضارب
م هو مع رب المال فيه كالاجنبي فيبيعه على اقل الثمنين مع حصة المضارب من الربح م ونصيبه من الربح وذكر محمد رحمه الله في الاصل اذا اشترى المضارب عبدا
بالف درهم مضاربة فباعه من رب المال بالفين ثم ان رب المال باعه
من اجنبي مساومة بثلاثة الاف ثم اشتراه المضارب من الاجنبي بالفي
درهم ثم اراد ان يبيعه مرابحة لم يجز له ذلك في قول ابي حنيفة الا ان
يبين الامر على وجهه وفي قول ابي يوسف ومحمد يبيعه مرابحة
م اخرى م على الفين وهذه فريعة مسالة مذكورة في كتاب البيوع وهي ما اذا
اشترى شيا فربح فيه ثم ملكه بشرا اخر فاراد ان يبيعه مرابحة فان
عند ابي حنيفة يسقط الربح ويعتبر ما مضى من العقود وفي مسالتنا قد
ربح فيه رب المال الفي درهم لان المضارب لما اشتراه بالف وباعه من
رب المال بالفين فنصف ذلك الربح لرب المال وهو خمسماية فلما باعه
رب المال بثلاثة الاف فقد ربح فيه الفا وخمسماية لانه قام عليه بالف

وخمس مائة مقدار راس المال ونصيب المضارب من الربح اذا اضمنت الي ذلك
فقد ربح الفين فاذا اشتراه المضارب بالفين وجب ان يطرح الالفين من
راس المال فلا يبقى شي فلهذا لم يجز البيع مرابحة الا بعد ان يبين واما
على قولهما فانما يعتبر العقد الاخير خاصة فالربح في العقد الاول لا
يحط من الثاني فيبيعه مرابحة على جميع الالفين حتى لو اشترى
المضارب عبدا بالف فباعه من رب المال بالف وخمس مائة ثم باعه
رب المال من اجنبي بالف وستمائة ثم ان المضارب اشتراه من الاجنبي بالفي
درهم فاراد ان يبيعه مرابحة باعه على الف واربع مائة في قول ابي حنيفة
لان رب المال قد ربح فيه ستمائة الا ترى ان المضارب لما اشتراه بالف م
وخمس مائة فنصيب رب المال من الربح مائتان وخمسون فكان رب
المال اشترى بالف ومائتين وخمسين راس المال وحصة المضارب
فلما باعه بالف وستمائة فقد ربح ثلاثمائة وخمسين وقد كان ربح
مائتين وخمسين بربح المضارب فوجب ان يحط ذلك المضارب
من الثمن فيبقى الف واربع مائة ولو اشترى المضارب عبدا بالف
فولاه رب المال ثم ان رب المال باعه من اجنبي بالف وخمس مائة ثم ان
المضارب اشتراه من الاجنبي مرابحة بالفين ثم ان رب المال حط عن
الاجنبي ثلاثمائة م يستند ذلك الحط الى العقد فكان ذلك المقدار لم
يكن فيطرح من راس المال ويطرح حصته من الربح وقد كان الاجنبي
ربح مثل ثلث الثمن فيطرح مع الثلاثمائة ثلثها فيصير الحط عن
المضارب اربع مائة م الا ترى انه باعه من الاجنبي فقد ربح خمس مائة
ثم حط عنه ثلاثمائة وهذا الحط من راس المال والربح جميعا مائتين
من راس المال ومائة من الربح فلما سقط من الربح مائة بقي الربح اربع
مائة فلما اشتراه المضارب بالفين ثم حط عنه اربع مائة صار شراوه
بالف وستمائة فيطرح عنه مقدار ما ربح فيه رب المال وهو
اربع مائة فيبيعه على ما بقي وتجوز المرابحة بين المضاربين كما تجوز
بين المضارب ورب المال قال محمد في الاصل اذا دفع الرجل الى رجل
الف درهم مضاربة بالنصف ودفع الى اخر الف درهم مضاربة بالنصف
فاشترى احد المضاربين عبدا من المضاربة بخمس مائة من المضارب الاول
فباعه من المضارب الاخر بالف فاراد الثاني ان يبيعه مرابحة باعه

م باعه من رب المال بالف صح

م فان الاجنبي يحط عن المضارب اربعمائة لان رب المال لما حط من الاجنبي ثلاثمائة صح

م واذا اراد المضارب ان يبيع هذا العبد مرابحة باعه على الف ومائتين لان رب المال ربح اربعمائة صح

على خمس مائة وهو اقل الثمنين لان مال المضاربتين لرجل واحد فصار
بيع احدهما من الاخر في حق الاجانب كبيع الانسان ماله بماله فيبيعه
مرابحة على اقل الثمنين ولو باعه الاول من الثاني بالفين الف من المضاربة
والف من المضاربة مال نفسه فان الثاني يبيعه مرابحة على الف ومائتين
وخمسين لان الثاني اشترى نصفه لنفسه بالف وقد كان الاول اشترى
ذلك النصف بمائتين وخمسين فيبيعه الثاني مرابحة على الف لانه
لا نصيب لواحد منهما في شرا صاحبه فصارا كالاجنبيين واما النصف
الذي اشترى الثاني بالف المضاربة فقد كان الاول اشتراه بمائتين
وخمسين وهو مال واحد فيبيعه على اقل الثمنين ولو كان الاول اشتراه
بالف المضاربة فباعه من الثاني بالفين للمضاربة الف راس المال
والف ربح فان الثاني يبيعه مرابحة بالف وخمس مائة لانه يبيعه على
اقل الثمنين وعلى حصته من الربح واقل الثمنين الف وحصته من
الربح خمس مائة وان كان الاول اشتراه بخمس مائة والمسلة بحالها باعه
الثاني على الف لان اقل الثمنين خمس مائة وحصة المضارب خمس مائة
فيبيعه مرابحة على اقل الثمنين وحصته من الربح والربح في المضاربة
بينهما على الشرط والوضيعة على رب المال والقول قول المضارب
في دعوى الهلاك لان المال امانة في يده والله اعلم واما الذي يستحقه
المضارب بالعمل فالذي يستحقه بعمله في مال المضاربة شيآن
احدهما النفقة والكلام في النفقة في مواضع في بيان وجوبها وفي
بيان شرط الوجوب وفيما فيه النفقة وفي تفسير النفقة وفي قدرها
وفيما يحتسب النفقة منه اما الوجوب فلان الربح في مال المضاربة
يحتمل الوجود والعدم والعاقل لا يسافر بمال غيره لفايدة تحتمل الوجود
والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه فلو لم يجعل نفقته في مال
المضاربة لامتنع الناس عن قبول المضاربات مع مساس الحاجة اليها
فكان اقدامهما على هذا العقد والحال ما وصفنا اذنا من رب المال
للمضارب بالانفاق م دلالة فصار كما لو اذن له به نصا ولانه يسافر
لاجل المال لا على سبيل التبرع ولا ببدل واجب لا محالة فتكون نفقته
في المال بخلاف المبضع لانه يسافر بمال الغير على وجه التبرع وبخلاف
الاجير لانه يعمل ببدل لازم في ذمة المستاجر لا محالة فلا يستحق

م من مال المضاربة فكان ماذونا بالانفاق صح

النفقة وهكذا روى ابن سماعة عن محمد في الشريك اذا سافر بالمال
انه ينفق من المال كالمضارب واما شرط وجوبها فخروج المضارب
بالمال من المصر فان نفقته في مال نفسه لا في مال المضاربة وان انفق
منه شيا ضمن لان دلالة الاذن لا تثبت في المصر وكذا اقامته في
الحضر لا يكون لاجل المال لانه كان مقيما قبل ذلك فلا يستحق
النفقة ما لم يخرج من ذلك المصر سوا كان خروجه من ذلك المصر
مدة سفر او اقل من ذلك حتى لو خرج من المصر يوما او يومين فله
ان ينفق من مال المضاربة كذا ذكر محمد عن نفسه وعن ابي يوسف في
كتاب المضاربة لوجود الخروج من المصر لاجل المال واذا انتهى الى المصر
الذي قصده فان كان ذلك مصر نفسه او كان له في ذلك المصر اهل
سقطت نفقته حين دخله لانه يصير مقيما بدخوله فيه لا لاجل
المال وان لم يكن ذلك مصره ولا اهل فيه لكنه اقام للبيع والشرا
لا تسقط نفقته ما اقام فيه وان نوى الاقامة خمسة عشر يوما
فصاعدا ما لم يتخذ ذلك المصر الذي هو فيه دار اقامة لانه اذا
لم يتخذ دار اقامة كانت اقامته فيه لاجل المال وان اتخذه وطنا
كانت اقامته للوطن لا للمال فصار كالوطن الاصلي فالحاصل انه لا
تبطل نفقة المضارب بعد المسافرة بالمال الا باقامته في مصره
او في مصر يتخذه دار اقامة لما قلنا ولو خرج من المصر الذي دخله
للبيع والشرا ونيته العود الى المصر الذي اخذ المال فيه مضاربة
فان نفقته في مال المضاربة حتى يدخله فاذا دخله فان كان ذلك
مصره او كان له فيه اهل سقطت نفقته والا فلا ولو اخذ المضارب
مالا بالكوفة وهو من اهل البصرة وكان قدم الكوفة مسافرا فلا
نفقة له في المال ما دام بالكوفة لما قلنا فاذا خرج منها مسافرا فله
النفقة حتى ياتي البصرة لان خروجه لاجل المال ولا ينفق من المال
ما دام بالبصرة لان البصرة وطن اصلي له فكان اقامته فيها لاجل
الوطن لا لاجل المال فاذا خرج من البصرة له ان ينفق من المال الى ان
ياتي الكوفة لان خروجه من البصرة لاجل المال وله ان ينفق ايضا
ما اقام بالكوفة حتى يعود الى البصرة لان وطنه بالكوفة كان
وطن اقامة وانه يبطل بالسفر فاذا عاد اليها وليست له وطن

م الذي اخذ المال منه مضاربة سواء كان ذلك المصر مصره او لم يكن فما دام يعمل به في ذلك المصر م

م بالمال م

كانت

كانت اقامته فيها لاجل المال فكانت نفقته فيه وكل من كان
مع المضارب ممن يعينه على العمل فنفقته في مال المضاربة حرا
كان او عبدا او اجيرا يخدمه او يخدم دابته لان نفقتهم كنفقة
نفسه لانه لا يتهيا له السفر الا بهم الا ان يكون معه عبيد لرب
المال يبعثهم ليعاونوه فلا نفقة لهم في مال المضاربة ونفقتهم على
رب المال خاصة لان اعانة عبد رب المال اعانة رب المال بنفسه
ورب المال لو اعان المضارب بنفسه في العمل لم يكن نفقته في
مال المضاربة كذا عبده فاما عبد المضارب فهو كالمضارب والمضارب
اذا عمل في المال انفق منه كذا عبده واما بيان ما فيه النفقة
فالنفقة في مال المضاربة وله ان ينفق من مال نفسه ~~ويرجع به الى~~
~~مال المضاربة~~ ان ينفقه من مال المضاربة على نفسه ويكون دينا
في المضاربة حتى كان له ان يرجع فيها لان الانفاق من المال وتدبيره
اليه فكان له ان ينفق من ماله ويرجع به الى مال المضاربة كالوصي
اذا انفق على الصغير من مال نفسه كان له ان يرجع بما انفق على مال
الصغير لما قلنا كذا هنا له ان يرجع بما انفق على مال المضاربة لكن
بشرط بقا المال حتى لو هلك المال لم يرجع على رب المال بشي كذا
ذكر محمد في المضاربة لان نفقة المضارب في مال المضاربة فاذا
هلك هلك بما فيه كالدين يسقط بهلاك الرهن والزكاة تسقط
بهلاك النصاب وحكم الجناية يسقط بهلاك العبد الجاني واما
تفسير النفقة التي في مال المضاربة فالكسوة والطعام والادام والشراب
واجر الاجير وفراش ينام عليه وعلف دابته التي يركبها في
سفره ويتصرف عليها في حوائجه وغسل ثيابه ودهن السراج
والحطب ونحو ذلك ولا خلاف بين اصحابنا في هذه الجملة لان
المضارب لا بد له منها فكان الاذن بها ثابتا من رب المال دلالة واما
ثمن الدوا والحجامة والفصد والنورة والادهان وما يرجع الى
التداوي وصلاح البدن ففي ماله خاصة لا في مال المضاربة وذكر
الكرخي في مختصره في الدهن خلاف محمد انه في مال المضاربة عنده
وذكر في الحجامة والاطلا بالنورة والخضاب قول الحسن بن زياد
انه قال على قياس قول ابي حنيفة يكون في مال المضاربة والصحيح -

م ماله م

انه يكون في ماله لان وجوب النفقة للمضارب في المال لدلالة الاذن
الثابت عادة وهذه الاشيا غير معتادة ولهذا اذا قضي القاضي بالنفقة
يقضي بالادام والكسوة ولا يقضي بهذه الاشيا واما الفاكهة
فالمعتاد منها يجري مجرى الطعام والادام وقال بشر في نوادره
سالت ابا يوسف عن اللحم فقال يأكل كما كان يأكل لانه من الماكول
المعتاد واما بيان قدر النفقة فهو ان يكون بالمعروف عند التجار
من غير اسراف فان جاوز ذلك ضمن الفضل لان الاذن ثابت بالعادة
فيعتبر الفعل المعتاد وسوا سافر براس المال او بمتاع من المضاربة
لان سفره في الحالين لاجل المال وكذا لو سافر فلم يتفق له شرا متاع
من حيث قصد وعاد بالمال فنفقته ما دام مسافرا في مال المضاربة
لان عمل التجارة على هذا وهو ان يتفق الشرا في وقت دون وقت ومكان
دون مكان وسوا سافر بمال المضاربة وحده او بماله ومال المضاربة
او بمال المضاربة لرجل او لرجلين فلم النفقة غير انه ان سافر بماله
ومال المضاربة او بمال لرجلين كانت النفقة في المالين بالحصص
لان السفر لاجل المالين فتكون النفقة فيهما فان كان احد المالين مضاربة
لرجل والاخر بضاعة لرجل اخر فنفقته في مال المضاربة لان سفره
لاجله لا لاجل البضاعة لانه متبرع بالعمل بها الا ان يتفرغ لعمل
البضاعة فينفق من مال نفسه لانه ترك العمل في المضاربة وليس على
رب البضاعة شي الا ان يكون اذن له في النفقة فيها لانه تبرع باخذ
البضاعة فلا يستحق النفقة كالمودع ولو خلط مال المضاربة بماله
وقد اذن له في ذلك فالنفقة بالحصص لان سفره لاجل المالين واما
ما يحتسب النفقة فيه فالنفقة تحتسب من الربح اولا ان كان في
المال ربح وان لم يكن فهو من راس المال لان النفقة جزء هالك من
المال والاصل ان الهلاك ينصرف الى الربح ولانا لو جعلناها من راس
المال خاصة او نصيب رب المال من الربح لازداد نصيب المضارب في
الربح على نصيب رب المال واذا رجع المضارب الى مصره فما فضل
عنده من الكسوة والطعام رده الى المضاربة لان الاذن له بالنفقة كان
لاجل السفر فاذا انقطع السفر لم يبق الاذن فيجب رد ما بقي الى
المضاربة وروى المعلى عن ابي يوسف اذا كان مع الرجل الف درهم مضاربة

فاشترى

فاشترى عبدا بالفين فانفق عليه فهو متطوع في النفقة لانه لم يبق في يده شي
من راس المال فالنفقة تكون استدانة على المال وهو لا يملك ذلك فصار كالاجنبي
اذا انفق على عبد غيره الا ان يكون القاضي امره بذلك بان رفعه الى القاضي
فامره القاضي بالنفقة عليه فما انفق فهو عليهما على قدر روس اموالهما
قال ابو يوسف وهذه قسمة من القاضي بين المضارب وبين رب المال
اذا قضى بالنفقة وانما صارت النفقة دينا بامر القاضي لان له ولاية على
الغايب في حفظ ماله وهذا من باب الحفظ فيملك الامر بالاستدانة عليه
وانما صار قضا القاضي بالنفقة قسمة لوجود معنى القسمة وهو التعريف
لان القاضي لما الزم المضارب النفقة لاجل نصيبه فقد عين نصيبه ولا
تعيين يتحقق نصيب المضارب الا بعد تعيين راس المال وهذا معنى
القسمة ولو دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى بها جارية قيمتها
الفان فالنفقة على المضارب وعلى رب المال في قول ابي حنيفة وابي يوسف
وعلى قول محمد النفقة على رب المال كذا حكى القدوري الاختلاف
وجه قول محمد ان المضارب لم يتعين له ملك لان راس المال غير معين
فكانت الجارية على ملك رب المال فكانت نفقتها عليه وتحتسب
بها في راس المال في رواية عنه وفي رواية اخرى عنه يقال لرب المال
انفق ان شيت ولهما ان نصيب المضارب من العبد على ملكه بدليل
ان اعتاقه ينفذ فيه فلا يجوز الزام رب المال الانفاق على ملك غيره فاذا
قضى على كل واحد منهما بنفقة نصيبه فقد تعين الربح وراس المال فيكون
قسمة لوجود معنى القسمة وعلى هذا الخلاف العبد الابق من المضاربة
اذا جا به رجل وقيمته الفان وليس في يده من المضاربة غير العبد ان
الجعل عليهما في قول ابي حنيفة وابي يوسف لان العبد على ملكهما وعند محمد
الجعل على رب المال يحتسب في راس ماله اي هو زيادة في راس المال واذا بيع
يستوفي رب المال راس ماله والجعل وما بقي يكون بينهما على ما اشترطا
من الربح قال بشر عن ابي يوسف ان الجعل لا يحتسب به في مال المرابحة
ويحتسب به فيما بين المضارب ورب المال فان كان هناك ربح فالجعل منه
والا فهو وضيعة من راس المال وانما لم يلحق الجعل براس المال في باب
المرابحة لان الذي يلحق براس المال في المرابحة ما جرت عادة التجار بالحاقه
به وما جرت عادتهم بالحاق الجعل ولانه نادر وغير معتاد فلا يلحق بالعادة

ما ليس لعناد وانما احتسب به فيما بين المضارب ورب المال لانه غرم لزم لاجل
المال ويجوز ان يحتسب بالشي فيما بين المضارب ورب المال ولا يلحق براس المال
في المرابحة كنفقة المضارب على نفسه والله اعلم والثاني ما يستحقه
المضارب بعمله في المضاربة الصحيحة هو الربح المسمى ان كان في المضاربة
ربح وانما يظهر الربح بالقسمة وشرط جواز القسمة قبض راس المال فلا تصح
قسمة الربح قبل قبض راس المال حتى لو دفع الى رجل الف درهم مضاربة
بالنصف فربح الفا فاقتسما الربح وراس المال في يد المضارب بعد قسمتهما
الربح فان القسمة الاولى لم تصح وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من
راس ماله وما قبضه المضارب دين عليه يرده الى رب المال حتى يستوفي
رب المال راس ماله ولا تصح قسمة الربح حتى يستوفي رب المال راس
المال والاصل في اعتبار هذا الشرط ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال مثل المومن مثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له راس ماله كذلك
المومن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزايمه فدل الحديث على ان قسمة الربح
قبل قبض راس المال لا تصح ولان الربح زيادة والزيادة على الشي لا تكون الا بعد
سلامة الاصل ولان المال اذا بقي في يد المضارب فحكم المضاربة بحالها
فلو صححنا قسمة الربح لثبت الفرع قبل الاصل وهذا لا يجوز فاذا لم تصح
القسمة فاذا هلك ما في يد المضارب صار الذي اقتسماه هو راس المال
فوجب على المضارب ان يرد منه تمام راس المال فان قبض رب المال الف
درهم راس ماله اولا ثم اقتسما الربح ثم رد الالف التي قبضها بعينها الى يد
المضارب على ان يعمل بها بالنصف فهذه مضاربة مستقبلة فان
هلكت في يده لم تنتقض القسمة الاولى لان رب المال لما استوفى راس
المال فقد انتهت المضاربة وصحت القسمة فاذا رد المال اليه فهذا عقد
اخر فهلاك المال فيه لا يبطل القسمة في غيره ولو كان الربح في المضاربة
الاولى الفين واقتسما الربح فاخذ رب المال الفا والمضارب الفا ثم هلك ما
في يد المضارب فان القسمة باطلة وما قبضه رب المال محسوب من راس
ماله ويرد المضارب نصف الالف الذي قبض لانه لما هلك في يد المضارب
من راس المال قبل صحة القسمة صار ما قبضه رب المال راس ماله واذا صار
ذلك راس المال تعين الربح فيما قبضه المضارب بالقسمة فيكون بينهما على الشرط
فيجب عليه ان يرد نصفه وكذلك اذا كان قد هلك ما قبضه المضارب من

م لم يقبضه رب المال فهلكت الالف في يد المضارب م التي



الربح

الربح يجب عليه ان يرد نصفه لانه تبين انه قبض نصيب رب المال من الربح
لنفسه فصار ذلك مضمونا عليه ولو هلك ما قبضه رب المال لم يتعين بهلاكه
شي لان ما هلك بعد القبض يهلك في ضمان القابض فبقاوه وهلاكه سوا
قالوا ولو اقتسما الربح ثم اختلفا فقال المضارب قد كنت دفعت اليك راس
المال قبل القسمة وقال رب المال لم اقبض راس المال قبل ذلك فالقول قول
رب المال ويرد المضارب ما قبضه لنفسه تمام راس المال يحتسب على
رب المال ما قبض من راس ماله ويتم له راس المال مما يرده المضارب
فان بقي شي بعد ذلك مما قبضه المضارب كان بينهما نصفين وانما كان
كذلك لان المضارب يدعي ايفا راس المال ورب المال ينكر ذلك والمضارب
وان كان امينا لكن القول قول الامين في اسقاط الضمان عن نفسه لا في
التسليم الى غيره ولان المضارب يدعي خلوص ما بقي من المال للربح ورب المال
يجحد ذلك فلا يقبل قول المضارب في الاستحقاق فان اقاما البينة فالبينة
بينة المضارب لانها تثبت ايفا راس المال ولا يقال ان الظاهر شاهد
للمضارب فيما ادعاه من ايفا راس المال اذ الربح لا يكون الا بعد الايفاء وهو
شرط قسمة الربح لانا نقول قد جرت عادة التجار بالمقاسمة مع بقاء راس
المال في يد المضارب فلم يكن الظاهر شاهد المضارب وذكر ابن سماعة
في نوادره عن ابي يوسف في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة صحيحة
ثم جعل رب المال ياخذ الخمسين والعشرين لنفقته والمضارب يعمل
ببقية المال ويربح فيما يبيع ويشتري ثم احتسبا فانهما يحتسبان براس
المال الف درهم يوم يحتسبان والربح بينهما نصفان ولا يكون ما اخذ
رب المال من النفقة نقصانا من راس المال ولكنهما يحتسبان من راس المال
الفا من جميع المال وما بقي من ذلك فهو بينهما نصفان لانا لو جعلنا المقبوض
من راس المال بطلت المضاربة لان استرجاع رب المال راس ماله يوجب
بطلان المضاربة وهما لم يقصدا ابطالها فجعل راس المال فيما بقي لئلا
تبطل هذا كله اذا كان في المضاربة ربح فان لم يكن فيها ربح فلا شي للمضارب
لان الشرط قد صح فلا يستحق الا ما شرط له وهو الربح ولم يوجد واما الذي
يستحقه رب المال فالربح المسمى ان كان في المال ربح وان لم يكن فلا شي له على
حكم م المضارب هذا كله حكم المضاربة الصحيحة واما المضاربة الفاسدة فليس للمضارب
ان يعمل شيا مما ذكرنا ان له ان يعمله في المضاربة الصحيحة ولا يثبت بها شي مما ذكرنا .

من احكام المضاربة الصحيحة ولا يستحق النفقة ولا الربح المسمى وانما له اجر مثل
عمله سوا كان في المضاربة ربح او لم يكن ولان المضاربة في معنى الاجارة الفاسدة
والاجير لا يستحق النفقة ولا المسمى في الاجارة الفاسدة وانما يستحق اجر
المثل والربح كله يكون لرب المال لان الربح نما ملكه وانما يستحق المضارب شطرا
منه بالشرط ولم يصح الشرط وكان كله لرب المال والخسران عليه والقول
قول المضارب في دعوى الهلاك والضياع في المضاربة الفاسدة مع يمينه كذا
ذكر في ظاهر الرواية وجعل المال في يده امانة كما في المضاربة الصحيحة وذكر
الطحاوي فيه اختلافا وقال لا ضمان عليه في قول ابي حنيفة وعندهما يضمن كما في
الاجير المشترك اذا هلك المال في يده **فصل** واما صفة هذا العقد فهو
انه عقد غير لازم ولكل واحد منهما اعني رب المال والمضارب الفسخ لكن عند
وجود شرطه وهو علم صاحبه به لما ذكرنا في كتاب الشركة ويشترط ايضا ان
يكون راس المال عينا وقت الفسخ دراهم او دنانير حتى لو نهى رب المال المضارب
عن التصرف وراس المال عروض وقت النهي لم يصح نهيه وله ان يبيعها لانه
يبيعها بالدراهم والدنانير ليظهر له الربح فكان النهي والفسخ ابطالا لحقه في التصرف
فلا يملك ذلك وان كان راس المال دراهم او دنانير وقت الفسخ والنهي صح الفسخ
والنهي لكن له ان يصرف الدراهم الى الدنانير والدنانير الى الدراهم لان ذلك لا يعد
بيعا لاتحادهما في الثمنية **فصل** واما حكم اختلاف المضارب ورب
المال فان اختلفا في العموم والخصوص فالقول قول من يدعي العموم بان ادعى احدهما
المضاربة في جميع التجارات او في عموم الامكنة او مع عموم الاشخاص لان قول
من يدعي العموم يوافق المقصود بالعقد اذ المقصود من العقد هو الربح وهذا
المقصود في العموم اوفر وكذا لو اختلفا في الاطلاق والتقييد فالقول قول
من يدعي الاطلاق حتى لو قال رب المال اذنت لك ان تتجر في الحنطة دون
ما سواها فالقول قول المضارب مع يمينه لان الاطلاق اقرب الى المقصود
بالعقد على ما بينا وقال الحسن بن زياد القول قول رب المال في الفصلين
جميعا وقيل انه قول زفر ووجهه ان الاذن مستفاد من جهة رب المال
فكان القول في ذلك قوله فان قامت لهما بينة فالبينة بينة من يدعي العموم
في دعوى العموم والخصوص وفي دعوى التقييد والاطلاق البينة بينة من
يدعي التقييد لانها تثبت زيادة قيد وبينة الاطلاق ساكتة ولو اتفقا على
الخصوص لكنهما اختلفا في ذلك الخاص فقال رب المال دفعت اليك المال مضاربة

في

م الفاسدة م

م يحتاج أي م

م وادعى الاخر نوعا دون نوع ومكانا دون مكان وتخصيصا دون تخصيص م

م وقال المضارب ما سميت لي تجارة بعينها م

م لانها تثبت زيادة م

في البر وقال المضارب في الطعام فالقول قول رب المال في قولهم جميعا لانه
لا يمكن الترجيح هاهنا بالمقصود من العقد لاستوائهما في ذلك فيترجح بالاذن
وانه مستفاد من رب المال فان اقاما البينة فالبينة بينة المضارب
لان بينته مثبتة وبينة رب المال نافية لانه لا يحتاج الى الاثبات
والمضارب محتاج الى الاثبات لدفع الضمان عن نفسه فالبينة المثبتة للزيادة
اولى وقد قالوا في البينتين اذا تعارضتا في صفة الامر وقد وقتتا ان الوقت
الاخير اولى لان الشرط الثاني ينقض الاول فكان الرجوع اليه وان اختلفا
في قدر راس المال والربح فقال رب المال كان راس المال الفين وشرطت لك
ثلث الربح وقال المضارب راس المال الف وشرطت لي نصف الربح فان
كان في يد المضارب الفا درهم يقران انها مال المضاربة فالقول قول المضارب
في ان راس المال الف والقول قول رب المال انه شرط ثلث الربح وهذا
قول ابي حنيفة الاخير وهو قول ابي يوسف ومحمد وكان في قوله الاول ان القول
قول رب المال في الامرين جميعا وهو قول زفر وجه قوله الاول ان الربح
مستفاد من اصل المال وقد اتفقا على ان جملة المال مضاربة وادعى
المضارب استحقاقا فيها ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله بخلاف
ما اذا قال المضارب بعض هذه الالفين خلطته بها او بضاعة في يدي لانهما
ما اتفقا على ان الجميع مال المضاربة ومن كان في يده شي فالقول قوله وجه
القول الاخير في ان القول في مقدار راس المال قول المضارب انهما اختلفا
في مقدار المقبوض فكان القول قول القابض الا ترى انه لو انكر القبض م اصلا م
وقال لم اقبض منك شيا كان القول قوله فكذا اذا انكر البعض دون البعض
~~لان شرط الربح~~
وانما كان القول قول رب المال في مقدار الربح لان شرط الربح
مستفاد من قبله فكان القول في المقدار المشروط قوله الا ترى انه لو انكر
الشرط راسا فقال لم اشترط لك ربحا وانما دفعته اليك بضاعة كان القول
قوله فكذا اذا اقر بالبعض دون البعض واذا كان القول قول المضارب في قدر
راس المال في قوله الاخير والقول قول رب المال في قدر الربح في قولهم يجعل
راس المال الف درهم ويجعل للمضارب ثلث الالف الاخر فلا يقبل قول رب المال في
زيادة راس المال ولا يقبل قول المضارب م
في زيادة شرط الربح وعلى قوله الاول ياخذ رب المال الالفين جميعا وان
كان في يده ثلاثة الاف درهم والمسئلة بحالها اخذ رب المال الفي درهم على قوله
الاخير واقتسما ما بقي من المال اثلاثا وعلى قوله الاول ياخذ رب المال الفي درهم

وياخذ ثلثي الالف الاخري لما بينا وان كان في يد المضارب قدر ما ذكر انه قبض
من راس المال او اقل ولم يكن في يده اكثر مما اقر فالقول قول المضارب
عندهم جميعا لانه لا سبيل الي قبول قول رب المال في ايجاب الضمان علي
المضارب فان جا المضارب بثلاثة الاف فقال الف راس المال والف ربح
والف وديعة لاخر او مضاربة لاخر او بضاعة لاخر او شركة لاخر او علي
الف دين فالقول في الوديعة والشركة والبضاعة والدين قول المضارب
في الالف لان كلها الان من في يده شي فالظاهر انه له الا ان يعترف به لغيره ولم
يعترف لرب المال بهذه الالف فكان القول قوله فيها وكل من جعلنا القول
قوله في هذا الباب فهو مع يمينه ومن اقام منهما بينة علي ما ادعي من فضل
فالبينة بينته لان بينة كل واحد منهما تثبت زيادة فبينة رب المال تثبت
زيادة في راس المال وبينة المضارب تثبت زيادة ربح وقال محمد اذا قال
رب المال شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم وقال المضارب
بل شرطت لي الثلث فالقول قول المضارب لانهما اتفقا علي شرط الثلث
وادعي رب المال زيادة لا منفعة له فيها الا فساد العقد فلا يقبل قوله
وان قامت لهما البينة فالبينة بينة رب المال لانها تثبت زيادة
شرط ولو قال رب المال شرطت لك الثلث الا عشرة وقال المضارب
بل شرطت الثلث فالقول قول رب المال لانه اقر له ببعض الثلث
والمضارب يدعي تمام الثلث فلا يقبل قوله في زيادة شرط الربح وفي
هذا نوع اشكال وهو ان المضارب يدعي صحة العقد ورب المال يدعي
فساده فينبغي ان يكون القول قول المضارب والجواب ان دعوي رب
المال وان تعلق بها فساد العقد لكنه منكر لزيادة يدعيها المضارب
فيعتبر انكاره لانه مفيد في الجملة ولو قال رب المال شرطت لك نصف
الربح وقال المضارب شرطت لي مائة درهم او لم تشترط لي شيا ولي اجر
المثل فان القول قول رب المال لان المضارب يدعي اجرا واجبا في ذمة
رب المال ورب المال منكر لذلك فيكون القول قوله فان اقام رب المال
البينة علي شرط النصف واقام المضارب البينة علي انه لم يشرط له شيا
فالبينة بينة رب المال لانها مثبتة للشرط وبينة المضارب نافية
فالمثبتة اولي ولو اقام المضارب البينة انه شرط له مائة درهم فبينته
اولي لان البينتين استويا في اثبات الشرط وبينة المضارب اوجبت له زايدا

وهو

هو ايجاب الاجر علي رب المال فكانت اولي وذكر الكرخي انهم جعلوا حكم المزارعة
في هذا الباب حكم المضاربة الا في هذا الفصل خاصة وهو انه اذا اقام رب
الارض البذر البينة علي انه شرط للعامل نصف الخارج وقال العامل
شرطت لي مائة قفيز فالبينة بينة الدافع وفي المضاربة البينة بينة
المضارب والفرق بينهما ان المزارعة عقد لازم في جانب العامل بدليل
ان من لا بذر من جهته اذا امتنع عن العمل يجبر عليه فرجحنا بينة من
يدعي الصحة والمضاربة ليست بلازمة فان المضارب لو امتنع من
العمل لا يجبر عليه فلم يقع الترجيح بالصحيح فرجحنا بايجاب الضمان وهو
الاجر ولو قال رب المال دفعت اليك بضاعة وقال المضارب مضاربة
بالنصف او بمائة درهم فالقول قول رب المال لان المضارب يستفيد
الربح بشرطه وهو منكر فكان القول قوله انه لم يشترط ولان المضارب
يدعي استحقاقا في مال غيره فالقول قول صاحب المال ولو قال المضارب
اقرضتني المال والربح لي وقال رب المال دفعت اليك مضاربة او
بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه التمليك
وهو ينكر فان اقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت
التمليك ولانه لا تنافي بين البينتين لجواز ان يكون اعطاه بضاعة
او مضاربة ثم اقرضه ولو قال المضارب دفعته الي مضاربة وقال
رب المال اقرضتك فالقول قول المضارب لانهما اتفقا علي ان الاخذ
كان باذن رب المال ورب المال يدعي علي المضارب الضمان وهو ينكر
فكان القول قوله فان قامت لهما البينة فالبينة بينة رب المال لانها
تثبت الضمان ولو جحد المضارب المضاربة اصلا ورب المال يدعي دفع المال
اليه مضاربة فالقول قول المضارب لان رب المال يدعي عليه قبض ماله وهو
ينكر فكان القول قوله ولو جحد ثم اقر به فقد قال ابن سماعة في نوادره
سمعت ابا يوسف قال في رجل دفع الي رجل مالا مضاربة ثم طلب منه
فقال لم تدفع الي شيا ثم قال بلي استغفر الله قد دفعت الي الف درهم مضاربة
فهو ضامن للمال لانه امين والامين اذا جحد الامانة ضمن كالمودع وهذا
لان عقد المضاربة ليس بعقد لازم بل هو عقد جايز محتمل للفسخ وكان جحوده
فسخا له او رفعا له واذا ارتفع العقد صار المال مضمونا عليه كالوديعة
فاذا اشتري بها مع الجحود كان مشتريا لنفسه لانه ضامن للمال فلا يبقي حكم

القول قول رب المال

القول للمضارب

المضاربة لان من حكم المضاربة ان يكون المال امانة في يد المضارب فاذا صار
ضمينا لم يبق امينا فان اقر بعد الجحود لا يرتفع الضمان لان العقد قد ارتفع
بالجحود فلا يعود الا بسبب جديد فان اشترى بها بعد الاقرار فالقياس
ان يكون ما اشتراه لنفسه لانه قد ضمن المال بجحوده فلا يبرا منه بفعله
وفي الاستحسان يكون ما اشتراه على المضاربة ويبرا من الضمان لان الامر
بالشرا لم يرتفع بالجحود بل هو قايم مع الجحود لان الضمان لا ينافي الامر بدليل (م بالشرا م)
ان من غصب من اخر شيا فامر المغصوب منه الغاصب ببيع المغصوب
او بالشرا به صح الامر وان كان المغصوب مضمونا على الغاصب فاذا بقي
الامر بعد الجحود فاذا اشترى بموجب الامر وقع الشرا للامر ولن يقع
الشرا له الا بعد انتفا الضمان وصار كالغاصب اذا باع المغصوب بامر
المالك وسلم انه يبرا عن الضمان كذا هذا وقوله المال صار مضمونا عليه
فلا يبرا من الضمان بفعله فنقول العين المضمونة يجوز ان يبرا الضامن
منها بفعله كالمغصوب منه اذا امر الغاصب ان يجعل المغصوب في
موضع كذا او يسلمه الى فلان انه يبرا بذلك من الضمان وكذلك رجل دفع
الى رجل الف درهم وامره ان يشتري بها عبدا فجحد الالف ثم اقر بها ثم
اشترى جاز الشرا ويكون للامر ويبرا الجاحد من الضمان ولذلك رجل
دفع الى رجل الف درهم وان اشترى بها عبدا ثم اقر لم يبرا عن الضمان
وكان الشرا له لما ذكرنا في المضارب ولو كان دفع اليه الفا وامره ان يشتري
بها عبدا بعينه ثم جحد الالف ثم اشترى بها العبد ثم اقر بالالف فان العبد
للامر لان الوكيل بشرا عبد بعينه لا يملك ان يشتريه لنفسه فتعين
ان يكون الشرا للامر فصار كانه اقر ثم اشترى بخلاف المضارب
لانه يملك ان يشتري لنفسه فلا يحمل على الشرا لرب المال الا ان يقر
بالمال قبل الشرا وقال ابو يوسف في المامور ببيع العبد اذا جحد اياه
وادعاه لنفسه ثم اقر به له فباعه ان البيع جايز وهو بري من ضمانه وكذلك
لو دفع اليه عبدا فامره ان يبيعه لفلان فجحده وادعاه لنفسه ثم اقر له به
فاعتقه جاز عتقه لما ذكرنا ان الامر بعد الجحود قايم فاذا جحد ثم اقر فقد
تصرف بامر المالك فيبرا من الضمان ولو باع العبد او وهبه او اعتقه ثم
اقر بذلك بعد البيع قال ابن سماعة ينبغي في قياس ما اذا دفع اليه الفا
وامره ان يشتري بها عبدا بعينه انه يجوز ويلزم الامر لانه لا يملك ان يبيع

(م ثم اقر فوهبه فهو جائز وكذلك ان امره بعتقه فجحده وادعاه لنفسه ثم اقر له به صح)

العبد

العبد لنفسه وقال هشام سمعت محمدا قال في رجل دفع الى رجل الف درهم
مضاربة فجا بالف وخمسمائة فقال هذه الالف راس المال وهذه الخمسمائة
ربح وسكت ثم قال علي دين لفلان كذا وكذا قال محمد قبل قول المضارب وقال
الحسن ابن زياد اذا اقر المضارب انه عمل بالمال وان في يده عشرة
الاف فيها دين الف او الفان فقال ذلك في كلام متصل كان القول قوله (م وعلى م)
مع يمينه يدفع الدين منه سمى صاحبه او لم يسمه وان سكت سكتة ثم اقر
بذلك سمى صاحبه او لم يسمه لم يصدق قال هذا قياس قول ابي حنيفة
وهذا الذي ذكره الحسن يخالف ما ذكره محمد ووجهه انه اذا قال
في يدي عشرة الاف وسكت فقد اقر بالربح فاذا قال علي دين الف
فقد رجع عما اقر به لان الربح لا يكون الا بعد قضا الدين والاقرار اذا صح
لا يحتمل الرجوع عنه بخلاف ما اذا قال ذلك متصلا لان الاقرار لم يستقر
بعد فكان بمنزلة الاستثنا ووجه قول محمد انه اقر بالدين في حال
يملك الاقرار به فينفذ اقراره كما اذا قال هذا ربح وعلي دين وقوله ان
قوله علي دين بعد ما سكت يكون رجوعا عما اقر به من الربح ممنوع
فانه يجوز انه ربح ثم لزمه الدين الا ترى ان الرجل يقول قد ربحت
ولزمني دين وهو يملك الاقرار بالدين فاذا اقر به صح ولو جا المضارب
بالفين فقال الف راس المال والف ربح ثم قال لم اربح الا خمسمائة ثم
هلك المال كله في يد المضارب فان المضارب يضمن الخمسمائة التي
جحدها ولا ضمان عليه في باقي المال لان الربح امانة في يده فاذا جحد
فقد صار غاصبا بالجحود فيضمن اذا هلك ولو قال المضارب لرب
المال قد دفعت اليك ولكن هلك فانه يضمن ما ادعى دفعه الى رب
المال لانه صار جاحدا بدعوى الدفع فيضمن بالجحود وكذلك لو اختلفا
في الربح ثم رجع فقال لم ادفعه اليك ولكنه هلك فانه يضمن ما ادعى
دفعه الى رب المال لما بينا ولو اختلفا في الربح فقال رب المال شرطت
لك الثلث وقال المضارب شرطت لي النصف ثم هلك المال في يد المضارب
قال محمد يضمن المضارب السدس من الربح يوديه الى رب المال من
ماله خاصة ولا ضمان عليه فيما سوى ذلك لانا قد بينا ان القول في شرط
الربح قول رب المال واذا كان كذلك فنصيب المضارب الثلث وقد
ادعى النصف ومن ادعى امانة في يده ضمنها فلذلك يضمن سدس الربح

(م رأس مالك والذي بقي في يدي ربح ثم رجع فقال لم ادفعه اليك صح)

والله اعلم فصل واما بيان ما يبطل به عقد المضاربة فعقد المضاربة يبطل
بالفسخ وبالنهي عن التصرف لكن عند وجود شرط الفسخ والنهي وهو علم
صاحبه بالفسخ والنهي وان يكون راس المال عينا وقت الفسخ والنهي
فان كان متاعا لم يصح وله ان يبيعه بالدراهم والدنانير حتى ينض لما ذكرنا
فيما تقدم وان كان عينا صح لكن له صرف الدراهم الى الدنانير والدنانير
الى الدراهم بالبيع لما ذكرنا ان ذلك لا يعد بيعا لتجانسهما في معنى الثمنية
ويبطل بموت احدهما لان المضاربة تشتمل على الوكالة والوكالة تبطل
بموت الوكيل والموكل وسوا علم المضارب بموت رب المال او لم يعلم لانه
عزل حكمي فلا يقف على العلم كما في باب الوكالة الا ان راس المال اذا صار متاعا
فللوكيل ان يبيع حتى يصير ناضا لما بينا ويبطل بجنون احدهما اذا كان مطبقا
لانه يبطل اهلية الامر للآمر واهلية التصرف للمامور وكل ما تبطل به
الوكالة تبطل به المضاربة وقد مر في كتاب الوكالة ولو ارتد رب المال فباع
المضارب واشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول ابي حنيفة
ان رجع الى الاسلام نفذ ذلك كله والتحقت ردته بالعدم في
جميع احكام المضاربة وصار كانه لم يرتد اصلا وكذا ان لحق بدار الحرب
ثم عاد مسلما قبل ان يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية التي تشترط حكم
الحاكم بلحاقه للحكم بموته وصيرورة امواله ميراثا لورثته وان مات
او قتل على الردة او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة من
يوم ارتد على اصل ابي حنيفة ان ملك المرتد موقوف ان مات او قتل او لحق
وحكم باللحاق يزول ملكه من وقت الردة الى ورثته ويصير كانه مات
في ذلك الوقت فيبطل تصرف المضارب بامره لبطلان اهلية الامر م
فان كان راس المال يومئذ قائما في يده لم يتصرف فيه ثم اشترى بعد
ذلك فالمشتري وربحه يكون له لانه زال ملك رب المال عن المال
وانعزل المضارب عن المضاربة فصار متصرفا في ملك الورثة بغير
امرهم وان كان صار راس المال متاعا فبيع المضارب فيه وشراؤه
جائز حتى ينض راس المال لما ذكرنا ان المضارب في هذه الحالة لا ينعزل
بالعزل والنهي ولا بموت رب المال فكذلك ردته فان حصل في يد
المضارب دنانير وراس المال دراهم او حصل في يده دراهم وراس المال دنانير فالقياس
ان لا يجوز له التصرف لان الذي حصل في يده من جنس راس المال معنى لاتحادهما

م ويصير كانه تصرف في ملك الورثة م

م المال م

في

في الثمنية فيصير كان عين المال قائم في يده الا انهم استحسنوا فقالوا ان باعه
بجنس راس المال جاز لان على المضارب ان يرد مثل راس المال فكان له ان
يبيع ما في يده كالعروض واما على اصل ابي يوسف ومحمد فالردة لا تقدح
في ملك المرتد فيجوز تصرف المضارب بعد ردة رب المال كما يجوز
تصرف رب المال بنفسه عندهما فان مات رب المال او قتل كان موته
كموت المسلم في بطلان عقد المضاربة وكذلك ان لحق وحكم بلحاقه
لان ذلك بمنزلة الموت بدليل ان ماله يصير ميراثا فبطل امره في المال
فان لم يرتد رب المال ولكن المضارب ارتد فالمضاربة على حالها في
قولهم جميعا لان وقوف تصرف رب المال بنفسه لوقوف ملكه ولا ملك
للمضارب فيما يتصرف فيه بل الملك لرب المال ولم يوجد منه الردة
فبقيت المضاربة الا انه لا عهدة على المضارب وانما العهدة على رب
المال في قياس قول ابي حنيفة لان العهدة تلزم بسبب المال فتكون على
رب المال وصار كما لو وكل صبيا محجورا او عبدا محجورا فاما على قولهما
فالعهدة عليه لان تصرفه كتصرف المسلم ولو مات المضارب او قتل
على الردة بطلت المضاربة لان موته في الردة كموته قبل الردة وكذا اذا
لحق بدار الحرب وقضى بلحاقه لان ردته مع اللحاق والحكم به بمنزلة
موته في بطلان تصرفه فان لحق المضارب بدار الحرب بعد ردته
فباع واشترى هناك ثم رجع مسلما فجميع ما اشترى وباع في دار الحرب
يكون له ولا ضمان عليه في شيء من ذلك لانه لما لحق بدار الحرب صار كالحربي
اذا استولى على مال انسان ولحق بدار الحرب انه يملكه فكذا المرتد واما
ارتداد المرأة وعدم ارتدادها سوا في قولهم جميعا سوا كان المال لها او كانت
مضاربة لان ردتها لا تؤثر في ملكها الا ان تموت فتبطل المضاربة كما لو ماتت
قبل الردة او تلحق بدار الحرب ويحكم بلحاقها لما ذكرنا ان ذلك بمنزلة الموت
والله اعلم ويبطل بهلاك مال المضاربة في يد المضارب قبل ان يشتري
به شيئا في قول اصحابنا لانه تعين لعقد المضاربة بالقبض فيبطل
العقد بهلاكه كالوديعة وكذلك لو استهلكه المضارب او انفقه او
دفع الى غيره فاستهلكه لما قلنا حتى لا يملك ان يشتري به شيئا
للمضاربة فان اخذ مثله من الذي استهلكه كان له ان يشتري به على
المضاربة كذا روى الحسن عن ابي حنيفة لانه اخذ عوض راس المال فكان

م لورثته م

اخذ عوضه بمنزلة اخذ ثمنه فيكون على المضاربة وروى ابن رستم عن
محمد انه لو اقرضه المضارب رجلا فان رجع اليه الدراهم بعينها
رجعت على المضاربة لانه وان تعدى يضمن لكنه زال التعدي فيزول قد استقر صح
الضمان المتعلق به وان اخذ مثلها لم ترجع في المضاربة لان الضمان بهلاك
العين وحكم المضاربة مع الضمان لا يجتمعان وهذا يخالف ما رواه الحسن
عن ابي حنيفة في الاستهلاك والله اعلم هذا اذا هلك مال المضاربة
قبل ان يشتري المضارب به شيا فان هلك بعد الشرا به بان كان مال
المضاربة الفا فاشترى بها جارية ولم ينقد الثمن البايع حتى هلك
الالف فقد قال اصحابنا ان الجارية على المضاربة ويرجع على رب
المال بالالف فيسلمها الى البايع وكذلك ان هلكت الثانية التي قبض
يرجع بمثلها على رب المال وكذلك سبيل الثالثة والرابعة
وما بعد ذلك ابدا حتى يسلم الى البايع ويكون ما دفع اولا
رب المال وما غرمه كله من راس المال وانما كان كذلك لان
المضارب متصرف لرب المال فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه
له كالوكيل غير ان الفرق بين الوكيل والمضارب ان الوكيل اذا هلك الفرق بين الوكيل والمضارب
الثمن في يده يرجع بمثله على الموكل ثم هلك الثاني لم يرجع على الموكل
والمضارب يرجع في كل مرة ووجه الفرق ان الوكالة قد انتهت
بشرا الوكيل لان المقصود من الوكالة بالشرا استفادة ملك المبيع
لا الربح فاذا اشترى فقد حصل المقصود فانتهى عقد الوكالة نهايته
ووجب على الوكيل الثمن للبايع فاذا هلك في يده قبل ان ينقده البايع
وجب للوكيل على الموكل مثل ما وجب للبايع عليه فاذا قبضه مرة
فقد استوفى حقه فلا يجب له عليه شي اخر فاما المضاربة فانها
لا تنتهي بالشرا لان المقصود منها الربح وانه لا يحصل الا بالبيع والشرا
مرة بعد اخرى فاذا بقي العقد فكان له ان يرجع ثانيا وثالثا وما
غرم رب المال مع الاول يصير كله راس المال لانه غرم لزم رب
المال بسبب المضاربة فيكون كله من مال المضاربة ولان المقصود
من هذا العقد هو الربح فلو لم يعتبر ما غرم رب المال من راس
المال ويهلك مجانا يتضرر به رب المال لانه يخسر ويربح المضارب
وهذا لا يجوز ولو قبض المضارب الالف الاولى فتصرف فيها حتى صارت

الفين

الفين ثم اشترى بها جارية قيمتها الفان فهلك الالفان قبل ان ينقدها
البايع فانه يرجع على رب المال بالف وخمس مائة ويغرم المضارب
من ماله خمس مائة وهي حصته من الربح فيكون ربع الجارية للمضارب
خاصة وثلاثة ارباع الجارية على المضاربة وراس المال في هذه الثلاثة
الارباع الفان وخمس مائة وانما كان كذلك لانه لما اشترى الجارية
بالفين فقد اشتراها ارباعا ربعها للمضارب وثلاثة ارباعها لرب
المال لانه اشتراها بعد ما ظهر ملك المضارب في الربح لانه اشتراها
بالفين وراس المال الالف فحصة رب المال من الربح خمس مائة
وحصة المضارب خمس مائة فما اشتراه لرب المال يرجع به عليه
وما اشتراه لنفسه فضمانه عليه وانما خرج ربع الجارية من
المضاربة لان القاضي لما الزمه ضمان حصته من الربح فقد عينه ولا
يتعين الا بالقسمة فخرج الربع من المضاربة وبقي الباقي على ما
كان عليه وقد لزم رب المال الف وخمس مائة بسبب المضاربة
فصار ذلك زيادة في راس المال فصار راس المال الفين وخمس مائة
فان بيعت هذه الجارية باربعة الاف فالف منها للمضارب لان
ذلك حصته من الربح وكان ملكه ويبقى ثلاثة الاف على المضاربة لرب
المال منها الفان وخمس مائة راس ماله يبقى ربح خمس مائة
فتكون بينهما نصفين على الشرط ولو كانت الجارية تساوي الفين
والشرا بالف وهي مال المضاربة فضاعت غرمها رب المال كلها
لان الشرا اذا وقع بالف فقد بثمن كله راس المال وانما يظهر الربح وقع م
في الثاني فيكون الضمان على رب المال بخلاف الفصل الاول
فان هناك الشرا وقع بالفين فظهر ربح المضارب وملك ربع الجا رية
فيغرم حصة ذلك الربع من الثمن وروى عن محمد في المضارب اذا
اشترى جارية بالفي درهم الف ربح وقيمتها الف فضاعت الالفان
قبل ان ينقدها البايع ان على المضارب الربع وهو خمس مائة وعلى
رب المال الف وخمس مائة وهذا على ما بينا قال محمد رحمه الله
ولو اشترى جارية تساوي الفين بامة تساوي الفا وقبض التي
اشتراها ولم يدفع امته حتى ماتتا جميعا في يده فانه يغرم قيمة
التي اشترى وهي الف ويرجع بذلك لان المضمون عليه قيمة الجارية على رب المال م

التي اشتراها ولا فضل في ذلك عن راس المال وهذا انما يجوز وهو ان
يشتري المضارب جارية قيمتها الف بالفين اذا كان رب المال قال
له اشتر بالقليل والكثير والا فيشتري المضارب على هذا الوجه لا يصح
في قولهم جميعا وذكر ابن سماعة عن محمد في موضع اخر في نوادره
في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة بالنصف فاشترى المضارب
وباع وصار المال ثلاثة الاف فاشترى بثلاثة الاف ثلاثة اعبد
قيمة كل عبد الف ولم ينقد المال حتى ضاع قال فيغرم ذلك كله على
رب المال ويكون راس المال اربعة الاف لان المضارب لم يتعين
له ملك في واحد من العبيد لان كل واحد منهم يجوز ان يكون راس
المال ولهذا لا ينفذ عتقه فيهم فيرجع بجميع ثمنهم وقد علل
محمد لهذا فقال من قبل ان المضارب لم يكن يجوز عتقه في شي
من العبيد وهذا يخالف ما ذكره الكرخي فانه قال ان محمدا يعتبر
المضمون على المضارب الذي يغرمه دون ما وجب عليه من الثمن ومعنى
هذا الكلام ان المضارب اذا قبض ولم ينقد الثمن حتى هلك كان المعتبر
ما يجب عليه ضمانه فان كان ما يضمنه زايدا على راس المال كان على
المضارب حصة ذلك والا فلا وهذا يخالف الاول لانا اذا اعتبرنا
الضمان فقد ضمن اكثر من راس المال فاما ان يحمل عن محمد روايتان او
يكون شرط فيما صار مضمونا على المضارب ان يتعين حقه فيه وهاهنا
وان ضمن فانه لم يتعين حقه فيه واما تعليله بعدم نفاذ العتق
فلا يطرد فانه لو اشترى بالالفين جارية تساوي الفا يضمن
وان لم ينفذ عتقه فيه الا ان يكون جعل نفوذ العتق في الجارية المشتراه
بالفين وقيمتها الفان علة لوجوب عليه فما لا ينفذ عتقه فيه الضمان م
يكون عكس العلة فلا يلزم طرده في جميع المواضع وقال محمد اذا
اشترى المضارب عبدا بالف درهم وهي مال المضاربة فنقد المال
فقال رب المال اشتريته على المضاربة ثم ضاع المال وقال المضارب
اشتريته بعد ما ضاع وانا ادري ان المال عندي فاذا هو قد ضاع قبل
ذلك فالقول قول المضارب لان الاصل في كل من يشتري شيا انه
يشتريه لنفسه ولان الحال تشهد له ايضا وهي هلاك المال وكان
الظاهر شاهدا للمضارب فكان القول قوله وذكر محمد في المضاربة

الكبيرة اذا اختلفا فقال رب المال ضاع قبل ان تشتري الجارية وانما
اشتريتها لنفسك وقال المضارب ضاع المال بعد ما اشتريتها وانما
اريد ان اخذك بالثمن ولا يعلم متى ضاع فالقول قول رب المال
مع يمينه وعلى المضارب البينة انه اشترا والمال عنده وانما ضاع
بعد الشرا لان رب المال ينفي الضمان عن نفسه والمضارب يدعي عليه
الضمان ليرجع عليه بالثمن لانه يدعي وقوع العقد له ورب المال
ينكر ذلك فكان القول قوله ولان الحال وهي الهلاك تشهد لرب
المال فان اقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت الضمان
فكانت اولى واذا انفسخت المضاربة ومال المضاربة ديون على
الناس فامتنع عن التقاضي والقبض فان كان في المال ربح اجبر على
التقاضي وان لم يكن فيه ربح لم يجبر على التقاضي والقبض وقيل له والقبض م
احل رب المال بالمال على الغرما لانه اذا كان هناك ربح كان له فيه
نصيب فيكون عمله عمل الاجرا والاجير مجبور على العمل فيما التزم
فاذا لم يكن هناك ربح لم يسلم له منفعة فكان عمله عمل الوكلا فلا
يجبر على تمام العمل كما لا يجبر الوكيل على قبض الثمن غير انه يومر
المضارب او الوكيل ان يحيل رب المال على الذي عليه الدين حتى يمكنه
قبضه لان حقوق العقد راجعة الى العاقد فلا يثبت للامر ولاية
القبض الا باحالة العاقد فيلزمه ان يحيله بالمال حتى لا يتوى حقه
ولو ضمن العاقد لرب المال هذا الدين الذي عليه لم يجز ضمانه
لان العاقد جعله امينا فلا يملك ان يجعل نفسه ضمينا فيما جعله العاقد
امينا ولو مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف المضارب
فانه يعود دينا فيما خلف المضارب وكذا المودع والمستعير والمستبضع
وكل من كان المال بيده امانة اذا مات قبل البيان ولا تعرف الامانة
بعينها فانه يكون عليه دينا في تركته لانه صار بالتجهيل مستهلكا
للوديعة ولا تصدق ورثته على الهلاك والتسليم الى رب المال
ولو عين الميت المال في حال حياته او علم ذلك تكون تلك الامانة
في يد وصيه او في يد وارثه كما كان في يده ويصدقون على الهلاك والدفع
الى صاحبه كما يصدق الميت في حال حياته والله اعلم كتاب المضاربة كان م
كتاب الغصب جمع محمد رحمه الله في كتاب

الغصب بين مسايل الغصب وبين مسايل الاتلاف وبدا بمسايل الغصب
فنبدا بما بدا به فنقول وبالله التوفيق معرفة مسايل الغصب في
الاصل مبنية على معرفة حد الغصب وعلى معرفة حكم الغصب
وعلى معرفة حكم اختلاف الغاصب والمغصوب منه اما حد الغصب
فقد اختلف العلما فيه قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله هو ازالة
يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال
وقال محمد الفعل في المال ليس بشرط لكونه غصبا وقال الشافعي رحمه
الله هو اثبات اليد على مال الغير بغير اذنه والازالة ليست بشرط
اما الكلام مع الشافعي فهو احتج لتمهيد اصله بقوله تعالى وكان
وراهم ملك ياخذ كل سفينة غصبا جعل الغصب مصدر الاخذ فدل
ان الاخذ واحد والاخذ اثبات اليد لا ازالة الاثبات اذا كان يسمى
ابدا عاوا عادة وايضا عا في عرف الشرع فاذا كان بغير اذن المالك
يسمى في متعارف الشرع غصبا ولان الغصب انما جعل سببا لوجوب
الضمان بوصف كونه تعديا فاذا وقع الاثبات بغير اذن المالك
وقع تعديا فيكون سببا لوجوب الضمان والدليل عليه ان غاصب الغاصب
ضامن وان لم يوجد منه ازالة يد المالك لزوالها بغصب الغاصب
الاول وازالة الزايل محال والله اعلم ولنا الاستدلال بضمان الغصب
من وجهين احدهما ان المالك استحق ازالة يد الغاصب عن العين فلا بد
وان يكون الغصب منه ازالة يد المالك لان الله تعالى لم يشرع الاعتدا
الا بالمثل بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم والثاني ان ضمان الغصب لا يخلو اما ان يكون ضمان زجر واما
ان يكون ضمان جبر ولا سبيل الى الاول لانه يجب على من ليس من اهل
الزجر ولان الانزجار لا يحصل به فدل انه ضمان جبر والجبر يستدعي
الفوات فدل انه لا بد من التفويت لتحقق الغصب ولا حجة له في الاية
لان الله تعالى فسر اخذ الملك تلك السفينة بغصبه اياها كانه قال
وكان وراهم ملك يغصب كل سفينة وهذا لا يدل على ان كل اخذ غصب
بل الحجة عليه لان ذلك الملك كان اثبات اليد على السفينة مع ازالة
ايدي المساكين عنها فدل ان الغصب اثبات على وجه يتضمن الازالة
واما قوله الغصب انما اوجب الضمان لكونه تعديا فمسلم لكن التعدي

في الازالة لا في الاثبات لان وقوعه تعديا بوقوعه ضارا بالمالك وذلك
باخراجه من ان يكون منتفعا به في حق المالك واعجازه عن الانتفاع به
وهو تفسير تفويت اليد وازالتها فاما مجرد الاثبات فلا ضرر فيه
فلم يكن الاثبات تعديا وعلى هذا الاصل تخرج زوايد الاصل الغصب
انها ليست بمضمونة سوا كانت منفصلة كالولد واللبن والثمرة
او متصلة كالسمن والجمال لانها لم تكن في يد المالك وقت غصب
الام فلم توجد ازالة يده عنها فلم يوجد الغصب وعند محمد مضمونة
لان الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير اذن مالكه وهل
تصير مضمونة عندنا بالبيع والتسليم والمنع والاستهلاك او
الاستخدام جبرا اما المنفصلة فلا خلاف بين اصحابنا في انها تصير
مضمونة واما المتصلة فذكر في الاصل انها تصير مضمونة بالبيع
والتسليم ولم يذكر الخلاف وصورة المسلة اذا غصب جارية
قيمتها الف درهم فازدادت في يده خيرا حتى صارت قيمتها الفي
درهم فباعها وسلمها الى المشتري فهلكت في يده فالمالك بالخيار
ان شا ضمن المشتري قيمتها وان شا ضمن البايع وان اختار تضمين
المشتري ضمنه قيمتها يوم القبض الفي درهم وان اختار تضمين البايع
ضمنه بالبيع والتسليم قيمتها الفي درهم ايضا كذا ذكر في الاصل ولم يذكر
خلافا وحكى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله الخلاف ان على قول ابي حنيفة
ان شا ضمن المشتري قيمتها يوم القبض الفي درهم وان شا ضمن الغاصب
قيمتها يوم الغصب الف درهم وليس له ان يضمنه زيادة بالبيع والتسليم
وهكذا ذكر الحاكم الشهيد في المنتقى وحكى الخلاف وهكذا ذكر الطحاوي
في مختصره الا انه الاستهلاك مطلقا فقال الا ان يستهلكها وفسره
الجصاص في شرحه مختصر الطحاوي فقال الا ان يكون عبدا او جارية
فيقتل وهذا هو الصحيح ان المغصوب اذا كان عبدا او جارية فقتله
الغاصب خطا يكون المالك بالخيار ان شا ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب
وان شا ضمن عاقلة القاتل قيمته وقت القتل زايدة في ثلاث سنين
وجه قولهما ان البيع والتسليم غصب لانه تفويت امكان الاخذ لان
المالك كان متمكنا من اخذه منه قبل البيع والتسليم وبعد البيع والتسليم
لم يبق متمكنا وتفويت امكان الاخذ تفويت اليد معنى فكان غصبا موجبا

م وهذا لان تفويت يد المالك انما كان غصبا فوجب للضمان صح

للضمان لكونه اضرارا بالمالك من ان يكون منتفعا به في حق المالك واعجازه عن
الانتفاع بماله وهذا يحصل بتفويت امكان الاخذ فيوجب الضمان ولهذا
يجب الضمان على غاصب الغاصب ومودع الغاصب والمشتري من
الغاصب كذا هذا ولابي حنيفة ان الاصل مغصوب بالغصب الاول
فلا يقع البيع والتسليم غصبا لان غصب المغصوب لا يتصور والزيادة
المتصلة لا يتصور افرادها بالغصب لتصير مغصوبة بالبيع والتسليم
بخلاف الزيادة المنفصلة فان افرادها بالغصب بدون الاصل متصور
فلم تكن مغصوبة ~~بالغصب~~ بالغصب الاول لانعدامها فجاز ان تصير
مغصوبة بالبيع والتسليم فهو الفرق بين الزيادتين وبخلاف القتل
لان قتل المغصوب متصور لان محل القتل غير محل الغصب فمحل القتل هو
الحياة ومحل الغصب هو مالية العين فتحقق الغصب لا يمنع تحقق القتل
الا ان المضمون واحد والمستحق للضمان واحد فتخير ولان الاصل
مضمون بالغصب السابق لا شك فيه فيصير مملوكا للغاصب من ذلك

واما الزيادة المتصلة

الوقت بلا اختلاف بين اصحابنا والمسئلة بيّنّا فالزيادة حدثت على ملك
الغاصب لانها نماء ملكه فتكون ملكه وكان البيع والتسليم والمنع والاستخدام
والاستهلاك في غير بني ادم تصرفا في ملك نفسه فلا يكون مضمونا عليه
كما لو تصرف في ساير املاكه بخلاف الزيادة المنفصلة الا انا اثبتنا الملك
بطريق الاستناد فالمستند يظهر من وجه ويقتصر على الحال من
وجه فيعمل بشبه الظهور في الزوايد المتصلة وبشبه الاقتصار
في المنفصلة اذ لا يمكن العمل به على العكس ليكون عملا بالشبهين بقدر
الامكان واما على طريق الظهور والمحض فتخريجها مشكل والله
الموفق وبخلاف القتل لان العبد انما يضمن بالقتل من حيث انه ادمي
لا من حيث انه مال والغاصب انما ملكه بالضمان من وقت الغصب
من حيث انه مال لا من حيث انه ادمي لانه من حيث انه ادمي لا يحتمل
التملك فلم يكن هو بالقتل متصرفا في ملك نفسه لهذا افترقا والله اعلم

بلغ

م الف درهم وقت البيع وبين ان يضمنه صح

ثم على اصلهما اذا اختار المالك تضمين البايع هل يثبت له الخيار بين ان
يضمنه الف درهم وقت الغصب في عرض مثلا بغنا يثبت وهذا غير
سديد لان التخيير بين القليل والكثير عند اتحاد الذمة ضرب السفه
بخلاف التخيير بين البايع والمشتري عند ابي حنيفة لان هناك الذمة مختلفة

فمن

ضمان الدم

ضمان المال

فمن الجائز ان يكون احدهما مليا والاخر مفلسا فكان التخيير مفيدا وبخلاف
القتل لان ضمان القتل ضمان الدم وانه موجل الى ثلاث سنين وضمان
العصب ضمان المال وانه حال فكان التخيير مفيدا ثم اذا ضمن المالك الغا صب
قيمة المغصوب وقت الغصب او وقت البيع والتسليم جاز البيع لانه
تبين انه باع ملك نفسه والثمن له لانه بدل ملكه وان ضمن المشتري
قيمته وقت القبض بطل البيع ورجع المشتري بالثمن على البايع لانه
تبين انه اخذه بغير حق ~~بغير حق~~ وليس له ان يرجع على البايع
بالضمان ولو غصب من انسان شيا فجا اخر وغصبه منه وهلك في يده
فالمالك بالخيار ان شا ضمن الاول وان شا ضمن الثاني اما تضمين الاول
فلوجود فعل الغصب منه وهو تفويت يد المالك واما تضمين الثاني
فلانه فوت يد الغاصب الاول ويد الغاصب يد المالك من وجه لانه يحفظ
ماله ويتمكن من رده على المالك ويستقر بها الضمان في ذمته وكان
منفعته بده عايدة الى المالك فاشبه يد المودع فقد وجد من كل واحد
منهما سبب وجوب الضمان الا ان المضمون واحد فيخير المالك لتعيين
المستحق فان اختار تضمين الاول رجع بالضمان على الثاني لانه ملك المغصوب
من وقت غصبه فتبين ان الثاني غصب ملكه وان اختار تضمين الثاني
لا يرجع على احد لانه ضمن بفعل نفسه وهو تفويت يد المالك من وجه
على ما بينا وكذلك ان استهلكه الغاصب الثاني ومتى اختار تضمين احدهما
هل يبرا الاخر عن الضمان بنفس الاختيار ذكر في الجامع انه يبرا حتى لو اراد
تضمينه بعد ذلك لم يكن له ذلك وروى ابن سماعة في نوادره عن محمد
انه لا يبرا ما لم يرض من اختار تضمينه او يقضي به عليه القاضي وجه
رواية النوادر ان عند وجود الرضا او القضا بالضمان صار المغصوب
ملكا للذي ضمنه لانه باعه منه فلا يملك الرجوع بعد تمليكه كما لو باعه
من الاول فاما قبل وجود الرضا والقضا فلم يوجد منه التمليك من احدهما
فله ان يملك من ايهما شا وجه رواية الجامع ما ذكرنا انه باختياره تضمين
الغاصب الاخر اظهر انه راض باخذ الاول وانه بمنزلة المودع وباختيار
تضمين الاول اظهر ان الثاني ما اتلف عليه شيا لانه لم يفوت يده والله اعلم
ولو باع الغاصب المغصوب من الثاني فهلك في يده يتخير المالك فيضمن
ايهما شا فان ضمن الغاصب جاز بيعه والثمن له لما ذكرنا وان ضمن المشتري

بطل البيع ولا يرجع بالضمان على البايع ولكنه يرجع بالثمن عليه لما ذكرنا
وكذلك لو استهلكه المشتري ولو كان المغصوب عبدا فاعتقه المشتري
من الغاصب ثم اجاز المالك البيع نفذ اعتاقه استحسانا وعند محمد وزفر
لا ينفذ قياسا ولا خلاف في انه لو باعه المشتري ثم اجاز المالك البيع الاول
انه لا ينفذ البيع الثاني وجه القياس ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الثاني م
انه قال لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم ولا ملك للمشتري في العبد لانه ملك
المغصوب منه فلا ينفذ اعتاقه فيه لينفذ عليه عند الاجازة ولهذا
لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان ان اعتاق المشتري صادف
ملكا على التوقف كالمشتري من الوارث عبدا من التركة المستغرقة فينعقد على التوقف م
بالدين اذا اعتقه ثم ابرا الغرماء الميت عن ديونهم والدليل على ان
الاعتاق صادف ملكا على التوقف ان سبب الملك انعقد على التوقف
وهو البيع المطلق الخالي عن الشرط ممن هو من اهل البيع في محل قابل
الا انه لم ينفذ دفعا للضرر عن المالك ولا ضرر عليه في التوقف
فيتوقف فاذا توقف سبب الملك يتوقف الملك فيتوقف الاعتاق
بخلاف البيع فانه يعتمد شروطا اخر الا ترى انه لا يجوز بيع المنقول
قبل القبض مع قيام الملك لمعنى الغدر وفي توقيف نفاذ البيع
الثاني على البيع الاول تحقيق معنى الغدر ولو اودع الغاصب المغصوب
فهلك في يد المودع يتخير المالك في التضمين فان ضمن الغاصب لا يرجع
بالضمان على احد لانه تبين انه اودع ملك نفسه وان ضمن المودع يرجع
على الغاصب لانه غره بالايداع فيرجع عليه بضمان الغرور وهو
ضمان الالتزام في الحقيقة ولو استهلكه المودع فالجواب على القلب
من الاول انه ان ضمن الغاصب فالغاصب يرجع بالضمان على المودع لانه
تبين انه استهلك ماله وان ضمن المودع لم يرجع على الغاصب لانه
ضمن بفعل نفسه فلا يرجع على احد ولو اجر الغاصب المغصوب او
رهنه من انسان فهلك في يده يتخير المالك فان ضمن الغاصب لا يرجع
على المستاجر والمرتهن لانه تبين انه اجر ورهن ملك نفسه الا ان
في الرهن يسقط دين المرتهن على ما هو حكم هلاك الرهن وان ضمن
المستاجر والمرتهن يرجع على الغاصب بما ضمن والمرتهن يرجع بدينه
ايضا اما رجوع المرتهن بالضمان فلا شك فيه لصيرورته مغرورا واما

رجوع

رجوع المستاجر فلانه وان استفاد ملك المنفعة لكن بعوض وهو الاجرة
فيتحقق الغرور فاشبه المودع ولو استهلكه المستاجر او المرتهن يخير
المالك الا انه ان ضمن الغاصب يرجع على المستاجر والمرتهن لانه تبين انه اجر
ملك نفسه ورهن ملك نفسه فاستهلكه المستاجر والمرتهن وان
ضمن المستاجر او المرتهن لم يرجع على احد لانه ضمن بفعل نفسه والله
اعلم ولو اعاره الغاصب فهلك في يد المستعير يتخير المالك وايهما ضمن
لا يرجع بالضمان على صاحبه اما الغاصب فلا شك فيه لانه اعار ملك ملك نفسه فهلك في يد المستعير واما المستعير فلانه استفاد م
المنفعة فلم يتحقق الغرور والله اعلم وعلى هذا يخرج منافع الاعيان
المنقولة المغصوبة انها ليست بمضمونة عندنا وعند الشافعي مضمونة
نحو ما اذا غصب عبدا او دابة فامسكه اياما ولم يستعمله ثم رده
على مالكه لانه لم يوجد تفويت يد المالك عن المنافع لانها اعراض
تحدث شيئا فشيئا على حسب حدوث الزمان فالمنفعة الحادثة على
يد الغاصب لم تكن موجودة في يد المالك فلم يوجد تفويت يد المالك
عنها فلم يوجد الغصب وعنده حد الغصب اثبات اليد على مال الغير
بغير اذن مالكه وقد وجد في المنافع والمنفعة مال بدليل انه يجوز اخذ
العوض عنها في الاجارة وتصلح مهرا في النكاح فيتحقق الغصب فيها فيجب
الضمان وعلى هذا يخرج ما اذا غصب دارا او عقارا فانهدم شيء من البناء او
جاء سيل فذهب بالبناء والاشجار او غلب الماء على الارض فبقيت
تحت الماء انه لا ضمان عليه في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر وعند محمد
وهو قول ابي يوسف الاول يضمن وهو قول الشافعي اما الشافعي فقد
مر على اصله في حد الغصب انه اثبات اليد على مال الغير بغير اذن مالكه
وهذا يوجد في العقار كما يوجد في المنقول واما محمد رحمه الله فقد مر
على اصله في حد ~~الاصل~~ الغصب انه ازالة يد المالك عن ماله والفعل في المال
ليس بشرط وقد وجد تفويت يد المالك عن العقار لان ذلك عبارة عن
اخراج المال من ان يكون منتفعا به في حق المالك او اعجاز المالك عن الانتفاع
به وهذا كما يوجد في المنقول يوجد في العقار فيتحقق الغصب والدليل الرجوع عنه م
عليه مسلة ذكرها في الشهادات وهي ان من ادعى على اخر دارا فانكر المدعا
عليه فاقام المدعي شاهدين وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا يضمنان
كما لو كانت الدعوى في المنقول فقد سوى بين العقار وبين المنقول في ضمان

الرجوع فدل ان الغصب الموجب للضمان يتحقق فيهما جميعا واما ابو حنيفة وابو يوسف
رحمهما الله فمرا على اصلهما ان الغصب ازالة يد المالك عن ماله بفعل في المال
ولم يوجد في العقار والدليل على ان هذا شرط تحقق الغصب الاستدلال
بضمان الغصب فان اخذ الضمان من الغاصب تفويت يد عنه بفعل في الضمان
فيستدعي وجود مثله منه في المغصوب ليكون اعتداء بالمثل وعلى انهما
ان سلما تحقق الغصب في العقار فالاصل في الغصب ان لا يكون سببا لوجوب
الضمان لان اخذ الضمان من الغاصب اتلاف ما له عليه الا ترى انه يزول ملكه
وبين عن الضمان فيستدعي وجود الاتلاف منه اما حقيقة او تقديرا لان
الله تعالى لم يشرع الاعتداء الا بالمثل قال الله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه
بمثل ما اعتدى عليكم ولم يوجد هاهنا الاتلاف من الغاصب لا حقيقة ولا تقديرا
اما الحقيقة فظاهرة واما التقدير فلان ذلك بالنقل والتحويل والتغييب
عن المالك على وجه لا يقف على مكانه ولهذا لو حبس رجلا حتى ضاعت
مواشيه وفسدت زروعه لا ضمان عليه والعقار لا يحتمل النقل والتحويل فلم يوجد
الاتلاف حقيقة وتقديرا فينتفي الضمان لضرورة النص وعلى هذا الخلاف
اذا غصب عقارا فجاء انسان فاتلفه فالضمان على المتلف عندهما لان الغصب
لا يتحقق في العقار فيعتبر الاتلاف وعند محمد يتحقق الغصب فيه فيتخير
المالك فان اختار تضمين الغاصب فالغاصب يرجع بالضمان على المتلف وان
اختار تضمين المتلف لا يرجع على احد لانه ضمن بفعل نفسه واما مسئلة
الرجوع عن الشهادة فمن اصحابنا من منعها وقال ان محمدا رحمه الله بنى الجواب
على اصل نفسه فاما على قولهما فلا يضمنان ومنهم من سلم ولا باس بالتسليم
لان ضمان الرجوع ضمان اتلاف لا ضمان غصب والعقار مضمون بالاتلاف بلا خلاف
وعلى هذا يخرج ما اذا غصب صبيا حرا من اهله فمات في يده من غير آفة اصابته
بان مرض في يده فمات انه لا يضمن لان كون المغصوب مالا شرط تحقق الغصب
والحر ليس بمال ولو مات في يده بآفة بان عقره اسد او نهشته حية ونحو
ذلك يضمن لوجود الاتلاف منه تسبيبا والحر يضمن بالاتلاف مباشرة وتسبيبا
على ما نذكر في مسائل الاتلاف ان شاء الله تعالى ولو غصب مدبرا فهلك في يده
يضمن لان المدبر مال متقوم الا انه امتنع جواز بيعه اذا كان مدبرا مطلقا
مع كونه مالا متقوما لانعقاد سبب الحرية للحال وفي البيع ابطال السبب
على ما عرف وكذلك لو غصب مكاتبا فهلك في يده لانه عبد ما بقي عليه

الرجوع عن الشهادة ضمان اتلاف لا ضمان غصب

والحر يضمن بالاتلاف مباشرة وتسبيبا

درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان مالا متقوما ومعتق البعض بمنزلة
المكاتب على اصل ابي حنيفة فكان مضمونا بالغصب كالمكاتب وعلى اصلهما هو
حر عليه دين والحر لا يضمن بالغصب ولو غصب ام ولد انسان فهلكت عنده
لم يضمن عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يضمن وام الولد لا تضمن بالغصب
ولا بالقبض في البيع الفاسد ولا بالاعتاق كجارية بين رجلين جاءت بولد
فادعياه جميعا ثم اعتقها احدهما لا يضمن لشريكه شيئا ولا تسعى هي في شيء
ايضا عنده وعندهما يضمن في ذلك كله ولقب المسئلة ان ام الولد هل هي كالمدبر م
متقومة من حيث انها مال ام لا ولا خلاف في انها متقومة بالقتل ولا خلاف
في ان المدبر متقوم وجه قولهما انها كانت مالا متقوما والاستيلاد لا يوجب
سقوط المالية والتقوم لانه لا يثبت به الا حق الحرية فانه لا يبطل المالية
والتقوم كما في المدبر وجه قول ابي حنيفة ان الاستيلاد اعتاق لما روي عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في جاريته مارية اعتقها ولدها وظاهره
يقتضي ثبوت العتق للحال في جميع الاحكام الا انه تاخر في حق بعض الاحكام حق م
لدليل فمن ادعى التاخير في حق سقوط المالية والتقوم فعليه الدليل بخلاف
المدبر لان التدبير ليس باعتاق للحال على معنى انه لا يثبت به العتق للحال اصلا
وانما الموجود للحال مباشرة سبب العتق من غير عتق وهذا لا يمنع بقاء المالية
والتقوم ويمنع جواز البيع لما قلنا وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جلد ميتة لذمي
او لمسلم فهلك في يده او استهلكه انه لا يضمن لان الميتة والدم ليسا بمال
في الاديان كلها ولو دبغه الغاصب وصار مالا فحكمه يذكر في موضعه ان شاء
الله تعالى وعلى هذا يخرج ما اذا غصب خمرا لمسلم او خنزيرا له فهلك في يده انه
لا يضمن سواء كان الغاصب مسلما او ذميا لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم وكذا
الخنزير فلا يضمنان بالغصب ولو غصب خمرا او خنزيرا لذمي فهلك في يده يضمن
سواء كان الغاصب ذميا او مسلما غير ان الغاصب ان كان ذميا فعليه في الخمر
مثلها وفي الخنزير قيمته وان كان مسلما فعليه القيمة فيهما جميعا وهذا
عندنا وقال الشافعي لا ضمان على غاصب الخمر والخنزير كائنا من كان
وجه قوله ان حرمة الخمر والخنزير ثابتة في حق الناس كافة لقوله
تعالى في صفة الخمر رجس من عمل الشيطان وصفة المحل لا تختلف باختلاف
الشخص وقوله عليه السلام حرمت الخمر بعينها اخبر عن كونها محرمة
وجعل علة حرمتها عينها فتدور الحرمة مع العين واذا كانت محرمة

لا تكون مالا لان المال ما يكون منتفعا به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على
الاطلاق ولنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في الحديث
المعروف فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم الضمان
اذا غصب منه خله او شاته ونحو ذلك اذا هلك في يد الغاصب فيلزم
ان يكون للذمي الضمان ايضا اذا غصب منه خمره او خنزيره ليكون لهم ما
للمسلمين فيكون عملا بظاهر الحديث واما الكلام في المسئلة من حيث
المعنى فبعض مشايخنا قالوا الخمر مباح في حق اهل الذمة وكذا الخنزير فالخمر
في حقهم كالخل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الاباحة شرعا
فكان كل واحد منهما مالا متقوما في حقهم ودليل الاباحة في حقهم ان كل واحد
منهما منتفع به حقيقة لانه صالح لاقامة مصلحة البقا والاصل في اسباب البقا
هو الاطلاق الا ان الحرمة في حق المسلم ثبتت نصا غير معقول المعنى
او معقول المعنى لا يوجد هاهنا او يوجد لكنه يقتضي الحل لا الحرمة وهو
قوله تعالى انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضا في الخمر والميسر
ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة لان القصد لا يوجد في الكفرة والعداوة فيما
بينهم واجب الوقوع ولانها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك وهذا
يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا ان الحرمة
ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين لان الكفار مخاطبون بشرايع هي
حرمات عندنا هو الصحيح من الاقوال على ما عرف في اصول الفقه وعلى هذا
طريق وجوب الضمان وجهان احدهما ان الخمر وان لم يكن مالا متقوما في
الثاني بالتخلل والتخليل ووجوب ضمان الغصب والاتلاف يعتمد كون
المحل المغصوب والمتلف مالا متقوما في الجملة ولا يقف على ذلك للحال الا
ترى ان المهر والجحش وما لا منفعة له في الحال مضمون بالغصب والاتلاف
والثاني ان الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر واكل
الخنزير حسا لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال امرنا ان نتركهم وما يدينون
ومثله لا يكذب وقد دانوا بشرب الخمر واكل الخنزير فلزمنا ترك التعرض
لهم في ذلك ونفي الضمان بالغصب والاتلاف يفضي الى التعرض لان السفيه
اذا غصب او اتلف ولا يواخذ بالضمان يقدم على ذلك وفي ذلك منعهم وتعرض
لهم من حيث المعنى والله اعلم ولو كان لمسلم خمر غصبها منه ذمي او مسلم
فهلكت عند الغاصب او خللها ثم هلكت فلا ضمان عليه ولو استهلكها

لان القصد

في الحالة هي بعرضان تصير مالا متقوما

اذا علم الله صح

بضمن

يضمن خلا مثلها ~~فلا ضمان عليه~~ لان الغصب حين وجوده لم ينعقد سببا
لوجوب الضمان ولم يوجد من الغاصب صنع اخر لان الهلاك ليس من
صنعه فلا يضمن واذا استهلكه فقد وجد منه صنع اخر سوى الغصب
وهو اتلاف خل مملوك للمغصوب منه فيضمن ولو غصب مسلم من نصراني
صليبا له فهلك في يده يضمن قيمته لانه مقر على ذلك وعلى هذا يخرج
ما اذا استخدم عبد رجل بغير امره او بعثه في حاجة او قاد دابة له او
ساقها او ركبها او حمل عليها بغير اذن صاحبها انه ضامن لذلك سوا عطب
في تلك الخدمة او في مضيه في حاجته او مات حتف انفه لان يد المالك
كانت ثابتة عليه واذا ثبت يد التصرف عليه فقد فوت يد المالك
فيتحقق الغصب ولو دخل دار انسان بغير اذنه وليس في الدار احد فهلكت
في يده لم يضمن في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يضمن وقد
ذكرنا المسئلة فيما تقدم ولو جلس على فراش غيره او بساط غيره بغير اذنه
فهلك لا يضمن بالاجماع لان تفويت يد المالك فيما يحتمل النقل لا يحصل
بدون النقل فلم يتحقق الغصب فلا يجب الضمان والله اعلم فصل
واما حكم الغصب فله في الاصل حكمان احدهما يرجع الى الاخرة والثاني
يرجع الى الدنيا اما الذي يرجع الى الاخرة فهو الاثم واستحقاق المواخذة اذا
فعله عن علم لانه معصية وارتكاب المعصية على سبيل التعمد سبب
لاستحقاق المواخذة وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من
غصب شبرا من ارض طوقه الله تعالى من سبع ارضين يوم القيمة وان
فعله لا عن علم بان ظن انه ملكه فلا مواخذة لان الخطا مرفوع المواخذة
شرعا ببركة دعا النبي صلى الله عليه وسلم بقوله ربنا لا تواخذنا ان نسينا او
اخطانا وقوله رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه واما
الذي يرجع الى الدنيا فانواع بعضها يرجع الى حال قيام المغصوب
وبعضها يرجع الى حال هلاكه وبعضها يرجع الى حال نقصانه وبعضها
يرجع الى حال زيادته اما الذي يرجع الى حال قيامه فهو وجوب رد
المغصوب على الغاصب والكلام في هذا الحكم في ثلاث مواضع في بيان
سبب وجوب الرد وفي بيان شرط وجوبه وفي بيان ما يصير المالك به
مستردا اما السبب فهو اخذ مال الغير بغير اذنه لقوله عليه السلام
على اليد ما اخذت حتى ترد وقوله لا ياخذ احدكم مال صاحبه لاعبا ولا جادا

صليبا صح

عليه صح

فاذا اخذ احدكم عصا صاحبه فليرده عليه ولان الاخذ على هذا الوجه معصية
والردع عن المعصية واجب وذلك برد الماخوذ وتجب رد الزيادة المنفصلة
كما يجب رد الاصل لوجود سبب وجوب الرد فيه ومؤنة الرد على الغاصب
لانها من ضرورات الرد فاذا وجب عليه الرد وجب عليه ما هو من ضروراته
كما في رد العارية واما شرط وجوب الرد فقيام المغصوب في يد الغاصب
حتى لو هلك في يده او استهلكه صورة ومعنى او معنى لا صورة ينتقل الحكم
من الرد الى الضمان لان الهالك لا يحتمل الرد وعلى هذا يخرج ما اذا كان المغصوب
حنطة فزرعها الغاصب او نواة فغرسها حتى نبتت او تالة فغرسها
حتى صارت شجرة او بيضة فحضنها تحت دجاجة له فافرخت او
قطنا فغزله او غزلا فنسجه او ثوبا فقطعه وخاطه قميصا او لحما
فشواه او طبخه او شاة فذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او
دقيقا فخبزه او سمسما فعصره او عنبا فعصره او حديدا فضربه سيفا
او سكينا او صفرا او نحاسا فعمله انية او ترابا له قيمة فلبنه او اتخذ خزفا
او لبنا فطبخه اجرا ونحو ذلك انه ليس للمالك ان يسترد شيا من ذلك
عندنا ويزول ملكه بضمان المثل او القيمة وعند الشافعي له ولاية
الاسترداد ولا يزول ملكه وجه قوله ان ذات المغصوب وعينه قايم
بعد فعل الغاصب وانما فات بعض صفاته فلا يبطل حق الاسترداد كما اذا
غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه او صبغه احمر او اصفر ولان الملك في
المغصوب كان ثابتا للمالك والعارض وهو فعل الغاصب محظور فلا يصلح
سببا لثبوت الملك له فيلتحق بالعدم فيبقى المغصوب على ملك المالك
فيبقى له ولاية الاسترداد ولنا ان فعل الغاصب في هذه المواضع وقع
استهلاكا للمغصوب اما صورة ومعنى او معنى لا صورة فيزول ملك المالك
عنه وتبطل ولاية الاسترداد كما اذا استهلكه حقيقة ودلالة تحقق
الاستهلاك ان المغصوب قد تبدل وصار شيا اخر بتخليق الله تعالى واحداثه
لانه لم يبق صورته ولا معناه الموضوع له في بعض المواضع ولا اسمه وقيام
الاعيان بقيام صورها ومعانيها المطلوبة منها وفي بعضها ان بقيت الصورة
فقد فات معناه الموضوع له المطلوب منه عادة فكان فعله استهلاكا
للمغصوب صورة ومعنى او معنى فيبطل حق الاسترداد اذ الهالك لا يحتمل الرد
كالهالك الحقيقي ولانه اذا حصل الاستهلاك يزول ملك المالك لان الملك لا يبقى

في

م الغاصب صح

تالة اي فسيلة وهي ما يغرس
طلبه
الفسيل ما يقطع من الامهات
او يقلع من الارض من صغار
النخل فيغرس مغرب

في الهالك كما في الهالك الحقيقي فتنقطع ولاية الاسترداد ضرورة ولان الاستهلاك
يوجب ضمان المثل او القيمة للمالك لوقوعه اعتداء عليه او اضرارا به وهذا
يوجب زوال ملكه عن المغصوب لما نذكر واذا زال ملك المالك بالضمان
يثبت الملك للغاصب في المضمون لوجود سبب الثبوت في محل قابل وهو
اثبات الملك على مال غير مملوك لاحد وبه تبين ان فعله الذي هو سبب
لثبوت الملك مباح لا حظر فيه فجاز ان يثبت به الملك وعلى هذا
يخرج ما اذا غصب لبنا او اجرا او ساجة فادخلها في بنا به انه لا يملك
الاسترداد عندنا ويصير ملكا للغاصب بالقيمة خلافا للشافعي فهو
مر على اصله المعهود في جنس هذه المسايل ان فعل الغاصب محظور فلا يصلح
سببا لثبوت الملك لكون الملك نعمة وكرامة فالتحق فعله بالعدم شرعا
فبقي ملك المغصوب منه كما كان ولنا ان المغصوب بالادخال في البنا
والتركيب صار شيا اخر غير الاول لاختلاف المنفعة اذ المطلوب
من المركب غير المطلوب من المفرد وصار بها تبعا له فكان الادخال
اهلاكا معنى فيوجب زوال ملك المغصوب منه ويصير ملكا للغاصب
ولان الغاصب يتضرر بنقض البنا والمالك وان كان يتضرر بزوال
ملكه ايضا لكن ضرره دون ضرر الغاصب لانه يقابله عوض فكان
ضرر الغاصب اعلى فكان اولى بالدفع ولهذا لو غصب من اخر خيطا فخاط
به بطن نفسه او دابته ينقطع حق المالك كذا هذا وذكر الكرخي ان
موضوع مسلة الساجة ما اذا بنا الغاصب في حوالي الساجة لا على
الساجة فاما اذا بنا على نفس الساجة لا يبطل ملك المالك بل ينقض
وهو اختيار الفقيه ابي جعفر الهندواني رحمه الله لان البنا اذا لم يكن
على نفس الساجة لم يكن الغاصب متعديا بالبنا فينقض ازالة التعدي
واذا كان البنا عليها كان متعديا على الساجة فيزال تعديه بالنقض
والصحيح ان الجواب في الموضعين والخلاف في الفصلين ثابت لانه كيف
ما كان لا يمكنه رد الساجة الا بنقض البنا ولزوم ضرر معتبر هذا
موضوع المسلة حتى لو كان يمكنه الرد بدون ذلك لا ينقطع حق المالك
بالاتفاق بل يومر بالرد ولو بيعت الدار في حياة الغاصب او بعد وفاته
كان صاحب هذه الاشيا اسوة الغرما في الثمن ولا يكون اخص بشي من ذلك
لان ملكه قد زال عن العين الى القيمة فبطل اختصاصه بالعين وكذلك

لو غصب جوصا فجعله زنبيلا لا سبيل للمغصوب منه عليه وهو بمنزلة الساجة
اذا جعلها بنا ولو غصب غلة فنسجها فجعلها جبة وعا كان له ان ياخذ
الجذوع لان عين المغصوب قايمة وانما فرق الاجزا فاشبه الثوب اذا
قطعه ولم يخطه ولو غصب ارضا فبنا عليها او غرس فيها لا ينقطع ملك
المالك ويقال للغاصب اقلع البنا والغرس وردها فارغة لان الارض
بحالها لم تتغير ولم تصر شيا اخر الا ترى انها لم تتركب بشي وانما
جاورها البنا والغرس بخلاف الساجة لانها ركبت وصارت من جملة البنا
الا ترى انه يسمى الكل بنا واحدا فان كانت الارض [تنقض صح] بقلع ذلك فللمالك
ان يضمن له قيمة البنا والغرس مقلوعا ويكون له البنا والغرس لان الغاصب
يتضرر بالمنع من التصرف في ملك نفسه بالقلع والمالك ايضا يتضرر
بنقصان ملكه فلزم رعاية الجانبين وذلك فيما قلنا ولو غصب تبر ذهب
او فضة فصاغه انا او ضربه دراهم او دنانير فللمغصوب منه ان
ياخذه ولا يعطيه شيا لاجل الصياغة في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد لا سبيل له على ذلك وعلى الغاصب مثل ما غصب واجمعوا على
انه اذا سبكه ولم يصغه او جعله مطولا او مربعا او مدورا ان له ان
يسترده ولا شي عليه وجه قولهما ان صنع الغاصب وقع استهلاكا
لان المغصوب بالصياغة صار شيا اخر فاشبه ما اذا غصب حديدا
فاتخذ سيفا او سكينا وجه قول ابي حنيفة ان استهلاك الشي
اخراجه من ان يكون منتفعا بمنفعة موضوعة له مطلوبة منه عادة
ولم يوجد هاهنا لان المطلوب من الذهب والفضة الثمنية وهي باقية
بعد استحداث الصنعة فلم يتحقق الاستهلاك فبقي على ملك
المغصوب منه ولو غصب صفرا او نحاسا او حديدا فضرب به انية ينظر
ان كان يباع وزنا فهو على الخلاف الذي ذكرنا في الذهب والفضة لانه
لم يخرج بالضرب [والصياغة عن حد الوزن وان كان يباع عددا ليس له ان يسترده بلا خلاف لانه خرج صح] عن كونه موزونا بخلاف الذهب والفضة لان الوزن
فيهما اصل لا يتصور سقوطه ابدا ولو غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه
او شاة فذبحها ولم يشوها ولا طبخها لا ينقطع حق المالك اذ الذبح ليس باستهلاك
بل هو تنقيص وتعييب فلا يوجب زوال الملك بل يوجب الخيار للمالك على ما نذكر في
موضعه ان شا الله تعالى واما بيان ما يصير المالك به مستردا للمغصوب فنقول وبالله التوفيق الاصل
ان المالك يصير مستردا للمغصوب باثبات يده عليه لانه صار مغصوبا بتفويت يده عنه فاذا

ثبتت يده عليه فقد اعاده الى يده فزالت يد الغاصب ضرورة الا ان يغصبه
ثانيا وعلى هذا تخرج المسايل اذا كان المغصوب عبدا فاستخدمه او ثوبا فلبسه او دابة فركبها
او حمل عليها صار مستردا له وبرا الغاصب من الضمان لما قلنا سوا علم المالك انه ملكه او لم يعلم لان
اثبات اليد على العين امر حسي لا يختلف بالعلم والجهل ولهذا لم يكن العلم شرطا لتحقق الغصب
فلا يكون شرطا [لبطلانه صح] وكذلك لو كان طعاما فاكله لانه اثبت يده عليه فبطلت يد الغاصب
وكذا اذا اطعمه الغاصب يبرا عن الضمان عندنا وعند الشافعي لا يبرا وجه قوله انه غره في ذلك
حيث اطعمه ولم يعلمه انه ملكه فلا يسقط عنه الضمان ولنا انه اكل طعام نفسه فلا
يستحق [الضمان صح] على غيره كما لو كان في يد الغاصب فاستهلكه وقوله غره الغاصب ممنوع بل هو
الذي اغتر بنفسه حيث تناوله من غير بحث انه ملكه او ملك الغاصب والمغتر بنفسه
لا يستحق الضمان على غيره ولو كان المغصوب عبدا فاجره من الغاصب للخدمة او ثوبا
فاجره منه للبس او دابة للركوب وقبل الغاصب الاجارة برئ عن الضمان لان الاجارة اذا
صحت صارت يد الغاصب على المحل يد اجارة وانها يد محقة فتبطل يد الغصب ضرورة
فيبرا عن الضمان حين وجب عليه الاجر بالاجارة وقالوا في الغاصب اذا اجر العبد المغصوب
من مولاه لا يبرا لان الاجارة باطلة فلا يسقط ضمان الغصب حين تبتدي بالمنافع لان البراة
عن الضمان في الموضعين جميعا متعلقة بوجوب الاجرة والاجرة في استيجار العبد والثوب
تجب بالتسليم وهو التخلية وهاهنا تجب بالعمل لا بنفس التخلية لذلك افترقا
ولو زوج الامة المغصوبة من الغاصب لا يبرا عن الضمان في قياس قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف
يبرا بناء على ان المشتري هل يصير قابضا بالتزويج ام لا وقد ذكرنا المسالة في كتاب البيوع في
بيان حكم البيع ولو استاجر الغاصب لتعليم العبد عملا من الاعمال فهو جايز لكنه لا يصير [المغصوب صح]
مستردا للعبد ولا يبرا الغاصب عن الضمان بل هو في يد الغاصب على ضمانه حتى لو هلك
قبل ان ياخذ في ذلك العمل او بعده ضمن وكذا لو استاجره لغسل الثوب المغصوب لان الاجارة
هاهنا ما وقعت على المغصوب فلم تثبت يد الاجارة عليه لتبطل عنه يد الغاصب فبقي في
يد الغاصب كما كان فبقي مضمونا كما كان بخلاف استيجار المغصوب على ما بينا ولو
رد الغاصب الثاني المغصوب على الغاصب الاول برئ لانه يد المالك من وجه فيصح الرد عليه
والله اعلم [م] واما الذي يتعلق بحال هلاك المغصوب فنوعان احدهما وجوب الضمان
على الغاصب والثاني ملك الغاصب المضمون اما وجوب الضمان فالكلام فيه في مواضع في
بيان كيفية الضمان وفي بيان شرط وجوبه وفي بيان وقت وجوبه وفي بيان ما يخرج به
الغاصب عن عهدته اما الاول فالمغصوب لا يخلو اما ان يكون مما له مثل
واما ان يكون مما لا مثل له [فان كان مما له مثل صح] كالمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة فعلى الغاصب مثله

لان ضمان الغصب ضمان اعتدا والاعتدا لم يشرع الا بالمثل قال الله تعالى فمن اعتدي عليكم
فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدي عليكم والمثل المطلق هو المثل صورة ومعني فاما القيمة
فمثل من حيث المعني دون الصورة ولان ضمان الغصب ضمان جبر الفايت ومعني الجبر ضمان الغصب ضمان جبر الفائت
بالمثل اكمل منه من القيمة فلا يعدل عن المثل الي القيمة الا عند التعذر وقال
زفر الجوز والبيض مضمونان بالقيمة لا بالمثل وقد ذكرنا المسلة في كتاب البيوع
وان كان مما لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة فعليه قيمته لانه
تعذر ايجاب المثل صورة ومعني لانه لا مثل له فيجب المثل معني وهو القيمة
لانها المثل الممكن والاصل في ضمان القيمة ما روي ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قضي في
عبد بين شريكين اعتق احدهما نصيبه بنصف قيمته للذي لم يعتق والنص الوارد
في العبد يكون واردا في اتلاف كل ما لا مثل له دلالة والله اعلم واما شرط وجوب
الضمان فشرط وجوب ضمان المثل والقيمة علي الغاصب عجزه عن رد المغصوب فما
دام قادرا علي رده علي الوجه الذي اخذ لا يجب عليه الضمان لان الحكم الاصلي للغصب
هو وجوب رد عين المغصوب لانه بالرد يعود اليه عين حقه وبه يندفع الضرر عنه
من كل وجه والضمان خلف عن رد العين وانما يصار الي الخلف عند العجز عن رد
الاصل وسوا عجز عن الرد بفعله بان استهلكه[2] غيره او بافة سماوية بان هلك بنفسه [2] او بفعل غيره بان استهلكه م
لان المحل انما صار مضمونا بالغصب السابق لان فعل ذلك الا بالهلاك لان الهلاك ليس
صنعه لكن عند الهلاك يتقرر الضمان لان عنده يتقرر العجز عن رد العين فيتقرر
الضمان وعلي هذا يخرج ما اذا ادعي الغاصب هلاك المغصوب ولم يصدقه
المغصوب منه انه يطلب منه بينة فان اقامها والا حبسه القاضي مدة
يغلب علي ظنه انه لو كان في يده لاظهره ثم يقضي عليه بالضمان لان بذلك يثبت
عجزه عن رد العين فيحبس كمن كان عليه دين فطولب به فادعي
الافلاس ومن شرط الخطاب باداء الضمان ان يكون المثل موجودا في ايدي الناس
حتي لو غصب شيا له مثل ثم انقطع عن ايدي الناس لا يخاطب باداية للحال
لانه ليس بمقدور بل يخاطب بالقيمة ولو اختصما في حال انقطاعه عن الايدي
فقد اختلف اصحابنا الثلاثة قال ابو حنيفة يحكم علي الغاصب بقيمته يوم يختصمون
وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال[2] يوم الانقطاع وجه قول محمد ان الغصب [2] محمد م
اوجب المثل علي الغاصب والمصير الي القيمة للتعذر والتعذر حصل بسبب
الانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع كما لو استهلكه في ذلك الوقت وجه قول
ابي يوسف ان سبب وجوب الضمان المثل عند القدرة والقيمة عند العجز هو الغصب

والحكم

والحكم يعتبر من وقت وجود سببه لوجوب وجه قول ابي حنيفة ان الواجب كان
مثل المغصوب وبالانقطاع عن ايدي الناس لم يبطل الواجب لان الاصل ان ما ثبت
يبقي لتوهم القايدة وتوهم العود ها هنا ثابت الا تري ان للمالك ان يختار الانتظار
الي وقت ادراكه فياخذ المثل واذا بقي المثل واجبا بعد الانقطاع فانما ينتقل
حقه من المثل الي القيمة بالخصومة فيعتبر قيمته وقت الخصومة واما علم
الغاصب بكون المغصوب ملك غيره فليس بشرط لوجوب الضمان حتي لو اخذ
مالا علي وجه يحق له اخذه ظاهرا وفي الباطن بخلافه كما اذا اشتري شيا او
ملكه بوجه من الوجوه فتصرف فيه ثم تبين انه مستحق يضمن لكن لا اثم
عليه لان العلم به ليس بشرط لتحقق الغصب وهو شرط ثبوت المواخذة قال
الله تعالي وليس عليكم[2] فيما اخطاتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم واما وقت وجوب [2] جناح م
الضمان فوقت وجود الغصب لان الضمان يجب بالغصب ووقت ثبوت الحكم
وقت وجود سببه فتعتبر قيمة المغصوب يوم الغصب حتي لا يتغير بتغير
السعر لان السبب لم يتغير ولا تغير المحل ايضا لان تراجع السعر لفتور
يحدثه الله تعالي في قلوب عباده واما بيان ما يخرج به الغاصب عن عهدة[ط] ط الضمان فالذي يخرج به
شيان احدهما اداء الضمان الي المالك او من يقوم مقامه لان الاصل في طريق عن عهدته م
الخروج عن عهدة الواجب اداوه ولو هلك المغصوب في يد الغاصب الثاني فادي
القيمة الي الغاصب الاول بري عن الضمان في الرواية المشهورة وروي عن ابي يوسف
انه لا يبرا الا بقضا القاضي وجه هذه الرواية ان الضمان الواجب عليه للمالك
فلا يسقط عنه الا بالادا الي المالك وجه الرواية المشهورة ان الضمان خلف عن
العين قايم مقامه ثم لو رد العين بري عن الضمان فكذا اذا رد القيمة لان ذلك
رد العين من حيث المعني والثاني الابرا وهو نوعان صريح وما يجري مجري
الصريح ودلالة اما الاول فنحو ان يقول ابراتك عن الضمان او اسقطته عنك او
وهبته منك وما اشبه ذلك فيبرا عن الضمان لانه اسقط حق نفسه وهو
من اهل الاسقاط والمحل قابل للسقوط فيسقط واما الثاني فهو ان يختار المالك
تضمين احد الغاصبين فيبرا الاخر لان اختيار تضمين احدهما ابرا للاخر دلالة لما
ذكرنا فيما تقدم فيبرا اما بنفس الاختيار او بشريطة رضا من اختار تضمينه والقضا
علي اختلاف الروايتين اللتين ذكرناهما ولو ابراه عن ضمان العين وهي قايمة في يده
صح الابرا وسقط عنه الضمان عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يصح وجه
قوله ان الابرا اسقاط واسقاط الاعيان لا يعقل فالتحق بالعدم وبقيت العين مضمونة

كما كانت واذا هلكت ضمن ولنا ان العين صارت مضمونة بنفس الغصب لان الغصب
سبب لوجوب الضمان فكان هذا ابراء عن الضمان بعد وجود سبب وجوبه
فيصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت ولو اجل المغصوب منه
الغاصب ببدل الغصب صح التاجيل عند اصحابنا وعند زفر لا يصح استدلالا ع التأجيل صح
بالقرض ولنا ان عدم اللزوم في القرض لكونه جاريا مجرى الاعارة لما بينا
في كتاب القرض والاجل لا يلزم في العواري وهذا المعنى لا يوجد
في الغصب فيلزمه وهذا لان الاصل هو لزوم التاجيل لانه تصرف
صدر من اهله في محله وهو العين الا ان عدم اللزوم في باب القرض لضرورة
الاعارة ولم يوجد هاهنا فيلزم على الاصل والله اعلم واما ملك الغاصب
المضمون فالكلام في هذا الحكم في مواضع في بيان اصل الحكم انه يثبت ام لا فصل
وفي بيان وقت ثبوته وفي بيان شرط ثبوته وفي بيان صفة الحكم الثابت
اما الاول فقد اختلف العلماء فيه قال اصحابنا يثبت اذا كان المحل قابلا
للثبوت ابتداء وقال الشافعي لا يثبت اصلا حتى ان من غصب عبدا واكتسب
في يد الغاصب ثم هلك العبد وضمن الغاصب قيمته فالكسب ملك للغاصب
عندنا وعنده ملك المالك ولو ابق العبد المغصوب من يد الغاصب
وعجز عن رده الى المالك فالمغصوب منه بالخيار ان شاء انتظر الى ان
يظهر وان شاء لم ينتظر وضمن الغاصب قيمته ولو ضمنه قيمته ثم ظهر
العبد ينظر ان اخذ صاحبه القيمة بقول نفسه التي سماها وحكي بها
او تصادقا عليه او بقيام البينة او بنكول الغاصب عن اليمين فلا
سبيل له على العبد عندنا وعنده ياخذ عبده بعينه ولو كان المغصوب
مدبرا يعود على ملك المالك بالاجماع وجه قوله ان الملك لا بد له من
سبب والغصب لا يصلح سببا لانه محظور والملك نعمة وكرامة فلا
يستفاد بالمحظور ولان ضمان الغصب لا يقابل العين وانما يقابل اليد الفائتة
فلا يملك به العين كما في غصب المدبر ولنا ان ملك الغاصب بزوال عن
الضمان فلو لم يزل ملك منه عن المضمون لم يكن الاعتذار للمثل ولانه اذا زال المغصوب م
ملك الغاصب عن الضمان وانه بدل المغصوب لانه يقدر بقيمته وملك
المغصوب منه البدل بكماله لو لم يزل ملكه عن المغصوب لاجتمع البدل والمبدل
في ملك المالك وهذا لا يجوز واذا زال ملك المالك عن المغصوب فالغاصب
اثبت يده على مال قابل للملك لا ملك لاحد فيه فيملكه كما يملك الحطب والحشيش

بالثبات

بالثبات يده عليها وبه تبين ان ما هو سبب الملك فهو مباح لا حظر فيه
فجاز ان يثبت به الملك بخلاف المدبر لانه لا يحتمل ابتداء الملك فيزول ملك
المالك لكن لا يملكه الغاصب لعدم قبول المحل التملك ابتداء وهاهنا بخلافه ولو
اخذ صاحبه القيمة بقول الغاصب بان اختلفا في القيمة وقضى القاضي بالقيمة
بقول الغاصب بيمينه ثم ظهر العبد ذكر في ظاهر الرواية ان المغصوب منه بالخيار
ان شاء رضي بالماخوذ وترك العبد على الغاصب وان شاء رد الماخوذ واخذ العبد
لانه تبين ان الماخوذ بعض بدل العين لا كله فلم يملك بدل المغصوب بكماله
فيثبت له الخيار فان اراد استرداد العبد فللغاصب ان يحبس العبد حتى ياخذ
القيمة ولو مات العبد في يد الغاصب قبل رد القيمة لا يرد القيمة ولكن ياخذ
من الغاصب فضل القيمة ان كان في قيمة العبد فضل على ما اخذ وان لم يكن
فيها فضل فلا شيء له سوى القيمة وروي عن ابي يوسف انه اذا ظهر العبد
وقيمته اكثر مما قال الغاصب فالمغصوب منه بالخيار على ما بينا فاما اذا كان نت
قيمته مثل ما قال الغاصب او اقل منه فلا سبيل لصاحبه عليه وهكذا فصل
الكرخي لانه رضي بزوال ملكه بهذا البدل وفي ظاهر الرواية اثبت الخيار من
غير تفصيل ولو اختلفا في زيادة القيمة فادعى الغاصب انها حدثت بعد
التضمين وادعى المغصوب منه انها كانت قبله كان الجصاص يقول من
تلقاء نفسه ان القول قول الغاصب لان التمليك قد صح فلا يفسخ بالشك
واما وقت ثبوت الملك فهو وقت وجود الغصب لان الملك في الضمان
يستند الى وقت وجود الغصب فكذا في المضمون فيظهر في الكسب والغلة
والذبح واما شرط ثبوت الملك في المضمون فما هو شرط ثبوت الملك
في الضمان وهو اختيار الضمان عند ابي حنيفة رحمه الله فالمغصوب قبل اختيار
الضمان على حكم ملكه عنده فانه لو اراد ان لا يختار الضمان حتى يهلك المغصوب
على ملكه ويكون له ثواب هلاكه على ملكه ويخاصم الغاصب في القيمة له
ذلك وعند ابي يوسف ومحمد هذا ليس بشرط ويثبت الملك قبل الاختيار
في الضمان والمضمون جميعا وعلى هذا الاصل يبنى الصلح عن المغصوب الذي لا
مثل له على اضعاف قيمته انه جائز عند ابي حنيفة وعندهما لا يجوز ووجه
البناء انه لما وجب الضمان بنفس الهلاك عندهما وهو ملك مقدر والزيادة
عليه تكون ربا ولما توقف الوجوب على اختيار المالك عنده ولم يوجد منه
الاختيار كان الصلح تقديرا للقيمة المغصوب به بهذا القدر وتمليكا للمغصوب به

لانه باعه من الغاصب به فجاز والله اعلم واما صفة الملك الثابت للغاصب
في المضمون فلا خلاف بين اصحابنا في ان الملك الثابت له يظهر في حق نفاذ
التصرفات حتى لو باعه او وهبه او تصدق به قبل اداء الضمان ينفذ
كما ينفذ هذه التصرفات في المشترى شراء فاسدا واختلفوا في انه هل
يباح له الانتفاع به بان ياكله بنفسه او يطعمه غيره قبل اداء الضمان
واذا حصل فيه فضل هل يتصدق بالفضل قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما
الله لا يحل له الانتفاع حتى يرضى صاحبه وان كان فيه فضل يتصدق
بالفضل وقال ابو يوسف يحل له الانتفاع ولا يلزمه التصدق بالفضل
ان كان فيه فضل وهو قول الحسن وزفر وهو القياس وقول ابي حنيفة
ومحمد استحسان وجه القياس ان المغصوب مضمون لا شك فيه وهو
مملوك للغاصب من وقت الغصب على اصل اصحابنا فلا معنى للمنع من الانتفاع
وتوقيف الحل على رضى غير المالك كما في ساير املاكه ويطيب له الربح لانه
ربح ما هو مضمون ومملوك وربح ما هو مضمون غير مملوك يطيب عندكم
لما نذكر فربح المملوك المضمون اولى وجه الاستحسان ما روي ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم اضافه قوم من الانصار فقدموا اليه شاة مصلية
فجعل يمضغه ولا يسيغه فقال عليه السلام ان هذه الشاة لتخبرني
انها ذبحت بغير حق فقالوا هذه الشاة لجار لنا ذبحناها لنرضيه بالثمن
فقال عليه السلام اطعموها الاسارى امر بان يطعموها الاسارى ولم
ينتفع بها ولا اطلق لاصحابه الانتفاع بها ولو كان حلالا طيبا لاطلق مع
خصاصتهم وشدة حاجتهم الى الاكل ولان الطيب لا يثبت الا بالملك المطلق
وفي هذا الملك شبهة العدم لانه يثبت من وقت الغصب بطريق الاستناد
والمستند يظهر من وجه ويقتصر على الحال من وجه فكان في وجوده
من وقت الغصب شبهة العدم فلا يثبت به الحل والطيب ولان
الملك من وجه حصل بسبب محظور او وقع محظورا بابتدائه فلا يخلو
عن خبث ولان اباحة الانتفاع قبل الارضاء تؤدي الى تسليط السفها على
اكل اموال الناس بالباطل وفتح باب الظلم على الظلمة وهذا لا يجوز وعلى
هذا يخرج ما اذا غصب حنطة فطحنها انه لا يحل له الانتفاع بالدقيق
حتى يرضى صاحبه ولو غصب حنطة فزرعها قال ابو حنيفة ومحمد يكره
له ان ينتفع به حتى يرضى صاحبه ويتصدق بالفضل وقال ابو يوسف لا يكره

الانتفاع

الانتفاع به ٢ حتى يرضى صاحبه باداء الضمان وفرق ابو يوسف بين الزرع
(٢ قبل اداء الضمان ولا يلزمه التصدق بالفضل وظاهر هذا الاطلاق يدل على ان عند ابي حنيفة يكره له الانتفاع به صح)
والطحن فقال في الطحن مثل قولهما انه لا يحل الانتفاع به حتى يرضى صاحبه
لان الحنطة لم تهلك بالطحن وانما تغيرت صفتها من التركيب الى التفرق فكان
عين الحنطة قايمة وكان حق المالك فيها قايما بخلاف الزرع لان البذر
يهلك بالزراعة لانه تعفن في الارض فيخرج من ان يكون مالا متقوما
فلم يبق للمالك فيه حق فلم يكره الانتفاع به ولذلك قال ابو يوسف
فيمن غصب نوى فصار نخلا انه يحل الانتفاع به كما في الحنطة اذا زرعها
وقال في الودي اذا غرسه فصار نخلا انه يكره الانتفاع به حتى يرضى
صاحبه لان النوى تعفن وهلك والودي يزيد في نفسه وروي عن
ابي حنيفة في الشاة اذا ذبحها وشواها انه لا يسع له ان ياكلها ولا يطعم
احدا حتى يضمن القيمة وان كان صاحبها غايبا او حاضرا الا يرضى بالضمان
لا يحل له الاكل واذا دفع الغاصب قيمتها يحل له الاكل وكذلك اذا ضمنه
المالك القيمة او ضمنه الحاكم وهذا عندي ليس باختلاف رواية بل هذه
الرواية تفسير للاولى لان قوله حتى يرضى صاحبه مجمل يحتمل الارضا
باداء الضمان ويحتمل الارضا باختيار الضمان والمذكور ههنا يفسره فيحمل
المجمل على المفسر فيحمل قوله حتى يرضيه على الارضا باختيار الضمان ورضاه
به لا على الارضا باداء الضمان توفيقا بين الروايتين فلا يحل له الانتفاع
به قبل اختيار الضمان ويحل بعده سوا ادى الضمان او لا وهذا قول ابي
حنيفة ومحمد وهو قياس قول ابي يوسف في الشاة المشوية انه يحل له
الانتفاع بها فياكلها ويطعمها ٢ اذا ابراه عن الضمان ولذلك اذا ضمنه المالك
(٢ منها سواء ادى الضمان ام لا ولا خلاف في انه اذا ادى الضمان انه يحل له الاكل وكذلك صح)
القيمة او ضمنه القاضي لان القاضي لا يضمنه الا بعد طلبه فكان منه
اختيار الضمان ورضا به وعلى هذا يخرج ما اذا غصب عبدا فاستغله
فنقصته الغلة انه يضمن النقصان والغلة له ويتصدق بها في قول
ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هي طيبة اما ضمان النقصان فلان
الاستغلال وقع اتلافا فيضمن قدر ما اتلف ويطيب له قدر المضمون
لان ذلك القدر ليس بربح والنهي وقع عن الربح واما الغلة فللغاصب عندنا
وعند الشافعي للمالك وهي فرع مسئلة المنافع وقد مرت في موضعها
واما التصدق بالغلة وهي الاجرة عندهما فلانها خبيثة لحصولها بسبب
خبيث فكان سبيلها التصدق ولابي يوسف ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى

عن ربح ما لم يضمن وهذا ربح مضمون والجواب ان التحريم لعدم الضمان يدل على التحريم لعدم الملك من طريق الاولى لان الملك فوق الضمان ولو غصب ارضا فزرعها كرا فنقصها الزراعة واخرجت ثلاثة اكرار يغرم النقصان وياخذ راس المال ويتصدق بالفضل اما ضمان النقصان فلان الغاصب نقص الارض بالزراعة وذلك اتلاف منه والعقار مضمون بالاتلاف بلا خلاف واما التصدق بالفضل فلحصوله بسبب خبيث وهو الزراعة في ارض الغصب وان كان البذر ملكا له ويطيب له قدر النقصان وقدر البذر لما ذكرنا ان النهي ورد عن الربح وذا ليس بربح محرم والله اعلم

وعلى هذا يخرج ما اذا غصب الفا فاشترى جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة الاف انه يتصدق بجميع الربح في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا يلزمه التصدق بشيء لانه ربح مضمون مملوك لانه عند اداء الضمان يملكه مستندا الى وقت الغصب ومجرد الضمان يكفي للطيب فكيف اذا اجتمع الضمان والملك ولهما ان الطيب كما لا يثبت بدون الضمان لا يثبت بدون الملك من طريق الاولى وفي هذا الملك شبهة العدم على ما بينا فيما تقدم فلا يفيد الطيب ولو اشترى بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او اشترى به طعاما يساوي الفين فاكله لم يتصدق بشيء لانه لم يحصل له الربح ولان الخبث انما يثبت بشبهة عدم الملك والشبهة توجب التصدق اما لا توجب التضمين وعلى هذا يخرج ما اذا خلط المودع احدى الوديعتين بالاخرى خلطا لا يتميز ان المخلوط يصير ملكا له عند ابي حنيفة لكن لا يطيب له حتى يرضى صاحبه على ما نذكره ولو اشترى بالدراهم المغصوبة شيئا هل يحل له الانتفاع به او يلزمه التصدق ذكر الكرخي وجعل ذلك على اربعة اوجه اما ان يشير اليها وينقد منها واما ان يشير اليها وينقد من غيرها واما ان يشير الى غيرها وينقد منها واما ان يطلق اطلاقا وينقد منها واثبت الطيب في الوجوه كلها الا في وجه واحد وهو ان يجمع بين الاشارة اليها والنقد منها وذكر ابو نصر الصفار والفقيه ابو الليث انه يطيب في الوجوه كلها وذكر ابو بكر الاسكاف انه لا يطيب في الوجوه كلها وهو الصحيح وجه قول ابي نصر وابي الليث ان الواجب في ذمة المشتري دراهم مطلقة والمنقودة بدل عما في الذمة اما عند عدم الاشارة فظاهر وكذا عند الاشارة

لان

لان الاشارة الى الدراهم لا تفيد التعيين فالتحقت الاشارة بالعدم فكان الواجب في ذمته دراهم مطلقة و~~الدراهم~~ والدراهم المنقودة بدل عنها فلا يخبث المشتري والكرخي كذلك يقول اذا لم يتأكد الاشارة بمؤكد وهو النقد منها فاذا تأكدت بالنقد منها تتعين المشار اليه فكان المنقود بدل المشترى فكان خبيثا وجه قول ~~الشيخ~~ ابي بكر انه استفاد بالحرام ملكا من طريق الحقيقة او الشبهة فيثبت الخبث وهذا لانه ان اشار الى الدراهم المغصوبة فالمشار اليه ان كان لا يتعين في حق الاستحقاق يتعين في حق جواز العقد بمعرفة جنس النقد وقدره وكان المنقود بدل المشترى من وجه نقد منها او من غيرها وان لم يشر اليها ونقد منها فقد استفاد بذلك سلامة المشترى فتمكنت الشبهة فيخبث الربح واطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة دليل صحة هذا القول ومن مشايخنا من اختار الفتوى في زماننا بقول الكرخي تيسيرا للامر على الناس لازدحام الحرام وجواب الكتاب اقرب الى التنزه والاحتياط والله اعلم ولان دراهم الغصب مستحقة الرد على صاحبها وعند الاستحقاق ينفسخ العقد من الاصل فتبين ان المشترى كان مقبوضا بعقد فاسد فلم يحل الانتفاع به ولو تزوج بالدراهم المغصوبة امراة وسعه ان يطاها بخلاف الشرا لما ذكرنا ان عند الاستحقاق ينفسخ الشرا والنكاح لا يحتمل الفسخ ولو كان المغصوب ثوبا فاشترى به جارية لا يسعه ان يطاها ولو تزوج عليه امراة حل له وطيها لما قلنا والله اعلم

واما الذي يتعلق بحال نقصان المغصوب فالكلام فيه في موضعين احدهما في بيان ما يكون مضمونا من النقصان وما لا يكون مضمونا منه والثاني في بيان طريق معرفة النقصان اما الاول فنقول وبالله التوفيق اذا عرض في يد الغاصب مقدار ما يوجب نقصان قيمة المغصوب والعارض لا يخلو اما ان يكون تغير السعر واما ان يكون فوات جزء من المغصوب او فوات صفة مرغوب فيها او معنى مرغوب فيه فان كان تغير السعر لم يكن مضمونا لان المضمون نقصان المغصوب ونقصان السعر ليس بنقصان المغصوب بل لفتور يحدثه الله تعالى في قلوب الناس لا صنع للعبد فيه فلا يكون مضمونا وان كان فوات جزء من المغصوب او فوات صفة مرغوب فيها او معنى مرغوب فيه فالمغصوب لا يخلو اما ان يكون من غير اموال الربا واما ان يكون من اموال الربا فان كان من غير اموال الربا يكون مضمونا

اذا لم يكن للمغصوب منه فيه صنع ولا اختيار لانه هلك بعض المغصوب صورة ومعنى
او معنى لا صورة وهلاك كل المغصوب مضمون بكل القيمة فهلاك بعضه
يكون مضمونا بقدره لما ذكرنا ان ضمان الغصب ضمان جبر الفايت فيتقدر
بقدر الفوات وعلى هذا يخرج ما اذا سقط عضو من المغصوب في يد
الغاصب بافة سماوية او لحقه زمانة او عرج او شلل او عمى او عور او
صمم او بكم او حمى او مرض اخر انه ياخذ المولى ويضمنه النقصان لوجود
فوات جزء من البدن او فوات صفة مرغوب فيها ولو زال البياض من
عينيه في يد المولى او اقلع الحمى رد على الغاصب ما اخذ منه بسبب
النقصان لانه تبين ان ذلك النقصان لم يكن موجبا للضمان لانعدام شرط
الوجوب وهو العجز عن الانتفاع على طريق الدوام وكذلك لو ابق المغصوب
من يد الغاصب من عبد او امة اذا لم يكن ابق قبل ذلك او زنت الجارية
المغصوبة او سرقت اذا لم يكن زنت قبل ذلك لفوات معنى مرغوب
فيه وهو الصيانة عن هذه القاذورات ولهذا كانت عيوبا موجبة للرد
في باب البيع وجعل الابق على المالك وهل يرجع به على الغاصب قال
ابو يوسف لا يرجع وقال محمد يرجع وجه قول محمد ان الجعل من ضرورات
رد المغصوب لان رد المغصوب واجب على الغاصب ولا يمكنه الرد الا باعطاء
الجعل فكان من ضرورات الرد فيكون عليه كمؤنة الرد وجه قول ابي
يوسف ان الجعل انما يجب بحق الملك والملك للمغصوب منه فيكون الجعل
عليه كمداواة الجراحة ولو قتل العبد المغصوب او الجارية المغصوبة
في يد الغاصب قتيلا او جنى على حر او عبد في نفس او ما دونها يرد الى
مولاه ويقال له ادفعه بجنايته او افده لان الملك له ويرجع المولى على
الغاصب بالاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان هذا الضمان انما وجب
بسبب كان في ضمانه ولو استهلك لرجل مالا يخاطب المولى بالبيع او الفدا
ويرجع على الغاصب بالاقل من قيمته ومما اداه عنه من الدين لما قلنا
ولو قتل المغصوب نفسه في يد الغاصب ضمن الغاصب قيمته بالغصب
ولا يضمن قيمته بقتل نفسه لان قتله نفسه هدر فصار كموته حتف
انفه ولو كان المغصوب امة فولدت ثم قتلت ولدها ثم ماتت ضمن قيمة
الامة ولا يضمن قيمة الولد لانه امانة وكذلك اذا كبر المغصوب في يد
الغاصب من الغلام والجارية بان غصب عبدا شابا فشاخ في يد الغاصب

غصب عبدا شابا فشاخ

او

او جارية شابة فصارت عجوزا في يده ضمن النقصان لان الكبر يوجب فوات
جزء او صفة مرغوب فيها وكذلك اذا غصب جارية ناهدا فانكسر
ثديها في يد الغاصب لان نهود الثدي صفة مرغوب فيها الا ترى
الى قوله تعالى وكواعب اترابا واما نبات اللحية للامرد فليس بمضمون
لانه ليس بنقصان بل هو زيادة في الرجال الا ترى ان حلق اللحية يوجب
كمال الدية وكذلك لو غصب عبدا قاريا فنسي القران او محترفا فنسي
الحرفة لان العلم بالقران والحرفة معنى مرغوب فيه واما حبل الجارية
المغصوبة بان غصب جارية فحبلت في يده فان كان المولى احبلها في يد
الغاصب لا شي على الغاصب لان النقصان حصل بفعل المولى فلا يضمنه
الغاصب كما لو قتلها المولى في يد الغاصب وكذلك لو حبلت في يد الغاصب
من زوج كان لها في يد المولى لان الوطي من الزوج حصل بتسليط المولى
فصار كانه حصل منه او حدث في يده وان حبلت في يد الغاصب من زنا اخذها
المولى وضمنه نقصان الحبل والكلام في قدر الضمان قال ابو يوسف
ينظر الى ما نقصها الحبل والى ارش عيب الزنا فيضمن الاكثر ويدخل الاقل
فيه وهذا استحسان والقياس ان يضمن الامرين جميعا وروي عن محمد انه
اخذ بالقياس وجه القياس ان الحبل والزنا كل واحد منهما عيب على
حدة فكان النقصان الحاصل بكل واحد منهما نقصانا على حدة فيفرد
بضمان على حدة وجه الاستحسان ان الجمع بين الضمانين غير ممكن لان نقصا ن
الحبل انما حصل بسبب الزنا فلم يكن نقصانا بسبب على حدة حتى يفرد بحكم
على حدة فلا بد من ايجاب احدهما فاوجبنا الاكثر لان الاقل يدخل في الاكثر
ولا يتصور دخول الاكثر في الاقل فان ردها الغاصب حاملا فماتت في يد
المولى من الولادة وبقي ولدها ضمن الغاصب جميع قيمتها عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف ومحمد لا يضمن الا نقصان الحبل خاصة وجه قولهما
ان الرد وقع صحيحا من الغاصب في القدر المردود وهو ما وراء الفايت بالحبل
والهلاك بعد الرد حصل في يد المالك بسبب وجد في يده وهو الولادة فلا
يكون مضمونا على الغاصب كما لو ماتت بسبب اخر وكما لو باع جارية حبلى
فولدت عند المشتري ثم ماتت من نفاسها انه لا يرجع المشتري على البايع
بشي كذا هذا وجه قول ابي حنيفة ان الموت حصل بسبب كان في ضمان الغا صب
وهو الحبل او الزنا لان ذلك افضى الى الولادة والولادة افضت الى الموت وكان

سرطا صوابه

الموت مضافا الى السبب السابق واذا حصل الهلاك بذلك السبب تبين ان الرد
لم يصح لانعدام شرط صحته وهو ان يكون الرد مثل الاخذ من جميع الوجوه
وصار كانها ولدت في يد الغاصب فماتت من الولادة ولو كان كذلك يضمن
الغاصب جميع قيمتها كذا هذا بخلاف مسئلة البيع لان الواجب هناك هو التسليم
ابتداء لا الرد وقد وجد التسليم مخرج عن العهدة وبخلاف الحرة اذا زنا
بها مكرهة فماتت من الولادة انه لا يضمن لانها غير مضمونة بالاخذ ليلزمه
الرد على وجه الاخذ بخلاف الامة ولو كانت الجارية زنت في يد الغاصب
ثم ردها على المالك فحدث في يده ونقصها الضرب ضمن الغاصب الاكثر
من نقصان الضرب ومما نقصها الزنا في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد ليس عليه الا نقصان الزنا وجه قولهما ان النقصان حصل ط
بسبب كان في ضمان الغاصب فابو حنيفة نظر الى وقت وجود السبب
وهما نظرا الى وقت ثبوت الحكم وهو النقصان ولهذا قال ابو حنيفة
فيمن اشترى عبدا فوجد مباح الدم فقتل في يد المشتري انه ينتقض
العقد ويرجع على البايع بكل القيمة وكذلك لو كان سارقا فقطع في يده
رجع بنصف القيمة اعتبارا للسبب السابق وعندهما يقتصر الحكم
على الحال ويكون في ضمان المشتري ويرجع على البايع بنقصان العيب
فان قيل كيف يضاف النقصان الى سبب كان في ضمان الغاصب
وذلك السبب لم يوجد ضربا خارجا فكيف يضاف نقصان الجرح
اليه ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله في شهود الزنا اذا رجعوا بعد
اقامة الحد انهم لا يضمنون نقصان الجرح لان شهادتهم لم توجب
ضربا جارحا فلم يضف نقصان الجرح اليها كذا ها هنا قيل له
النقصان لا يضاف الى السبب السابق ها هنا كما لا يضاف الى شهادة
الشهود هناك الا انه وجب الضمان ها هنا لان وجوب ضمان الغصب
لا يقف على الفعل فيستند الضرب الى سبب كان في يد الغاصب
ولا يستند اليه اثره فيصير كانها ضربت في يد الغاصب فانجرحت
عند الضرب لا بالضرب ولو كان كذلك يضمن الغاصب كذا هذا
فانما اعتبر الاكثر من نقصان الضرب ومن نقصان الزنا لما ذكرنا فيما
تقدم ان النقصانين جميعا حصلا بسبب واحد فتعذر الجمع بين
الضمانين فيجب الاكثر ويدخل الاقل فيه والله اعلم ولو كانت الجارية

في يد المالك بسبب آخر لسبب وحدث في يده وهو الضرب فلو يكون مضمونا على الغاصب كما لو حصل في يد المالك ولابي حنيفه ان النقصان حصل م

فيضاف الى [illegible] وجود السبب [illegible] للغاصب م ٤

المغصوبة

٣ سرقت في يد الغاصب فردها على المالك فقطعت عنده يضمن الغاصب نصف قيمتها في قول ابي حنيفه وعندهما لا يضمن
الا نقصان السرقة والكلام في هذه المسئلة في الطرفين جميعا على نحو الكلام في المسئلة الاولى الا ان ابا حنيفه اعتبر
نقصان القطع ههنا ولم يعتبر نقصان عيب السرقة واعتبر نقصان عيب الزنا هناك لان نقصان القطع يكون اكثر من
نقصان السرقة ظاهرا وغالبا فدخل الاقل في الاكثر بخلاف نقصان عيب الزنا لانه قد يكون اكثر من نقصان الضرب
لذلك اختلف عبارته
والله اعلم ولو حمت الجارية
المغصوبة م

المغصوبة ٢ في يد الغاصب فردها على المولى فماتت في يده من الحمى التي كانت
في يد الغاصب لم يضمن الغاصب الا ما نقصها الحمى في قولهم جميعا لان
الموت يحصل بالالام التي لا تتحملها النفس وانها تحدث شيئا فشيئا الى ان
تتناهى فلم يكن الموت حاصلا بسبب كان في ضمان الغاصب فلا يضمن الا قدر
نقصان الحمى ولو غصب جارية محمومة او حبلى او بها جراحة او مرض
اخر سوى الحمى فماتت من ذلك في يد الغاصب فهو ضامن لقيمتها وبها
ذلك فرق بين هذا وبين ما اذا ماتت في يد المولى جعل كان في يد المالك ٢
كموتها في يد الغاصب ولم يجعل ها هنا موتها في يد الغاصب كموتها في يد
المالك ووجه الفرق ان الهلاك هناك حصل بسبب كان في ضمان الغاصب
وهو الحبل لانه يفضي اليه فاضيف اليه كانه حصل في يده فتبين ان الرد
لم يصح لعدم شرط الصحة على ما بينا والهلاك ها هنا ان حصل بسبب
كان في يد المولى لكن لم يحصل بسبب كان في ضمانه لان الحبل لم يكن مضمونا
عليه فاذا غصبها فقد صارت مضمونة بالغصب لان انعقاد سبب الهلاك
لا يمنع دخولها في ضمان الغاصب لان وجوب ضمان الغصب لا يقف على فعل
الغاصب فاذا هلك في يده تقرر الضمان لكن منقوصا بما بها من المرض ونحوه
لانها لم تدخل في ضمان الغصب الا كذلك والله اعلم وعلى هذا يخرج ما اذا
غصب جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب فردها ان عليه نقصان
الهزال ولو عادت سمينة في يده فردها لا شيء عليه لان نقصان الهزال
انجبر بالسمن فصار كان لم يكن اصلا وكذا اذا قلعت سنها في يده فنبتت
فردها لانها لما نبتت ثانيا جعل كانها لم تقلع وكذا اذا قطعت يدها في
يده فردها مع الارش لما قلنا والله اعلم وعلى هذا يخرج نقصان الولادة
انه مضمون على الغاصب لفوات جزء من المغصوب بالولادة الا اذا كان له
جابر فينعدم الفوات من حيث المعنى وجملة الكلام في الجارية المغصوبة
اذا نقصتها الولادة ان الامر لا يخلو اما ان كان الام والولد جميعا قائمين
في يد الغاصب واما ان هلكا جميعا في يده واما ان هلك احدهما وبقي الاخر
فان كانا قائمين ردهما على المغصوب منه ثم ينظر ان كان في قيمة الولد
وفاء بنقصان الولادة انجبر به ولا شيء على الغاصب وان لم يكن في قيمته
وفاء بالنقصان انجبر بقدره وضمن الباقي ط ولو لم يكن في الولد وفاء بالنقصان
وقت الرد ثم حصل به وفاء بعد الرد لم يعتبر ذلك لان الزيادة لم تحصل في

٢ الغاصب حيث جعل هناك موتها في يده م

ط استحسانا وهو قول اصحابنا الثلاثة والقياس ان لا ينجبر وهو قول زفر والشافعي م

زمان الغاصب فلا يصلح لجبر النقصان وقالوا ان نقصان الحبل على هذا الخلاف
بان غصب جارية حايلا فحبلت في يد الغاصب فردها الى المالك فولدت عند
ونقصتها الولادة وفي الولد وفا لا يضمن الغاصب شيا خلافا لزفر وعلى هذا
الخلاف اذا بيعت بيعا فاسدا وهي حامل فولدت في يد المشتري ونقصتها
الولادة وفي الولد وفا فرد المشتري الجارية مع الولد الى البايع انه لا يضمن
شيا خلافا لزفر وعلى هذا الخلاف اذا كان له جارية للتجارة فحال عليها
الحول وقيمتها الف درهم فولدت فنقصتها الولادة مايتي درهم وفي الولد
وفا بالنقصان انه يبقى الواجب في جميع الالف ولا يسقط منه شي وعند
زفر يبقى فيما ورا النقصان ويسقط بقدره وجه قول زفر في مسلة الغصب
انه وجد سبب وجوب الضمان وهو النقصان فيجب الضمان ط جبر الفايت
وقد حصل الفوات فلا بد له من جابر والولد لا يصلح جابرا له لان الفايت ملك
المغصوب منه والولد ملكه ايضا ولا يعقل ان يكون ملك الانسان جابرا لملكه
فلزمه جبره بالضمان ولنا ان هذا نقصان صورة لا معنى ٢ كنقصان السن
والسمن والقطع وقد مر والدليل على ان هذا ليس نقصانا معنا ان سبب
الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة واتحاد سبب الزيادة والنقصان
يمنع تحقق النقصان من حيث المعنى لان الزيادة مال متقوم مثل الفايت
والسبب الذي فوت افاد له مثله من حيث المعنى فلم يحصل الفوات الا من
حيث الصورة والصورة غير مضمونة بالقيمة في ضمان العدوان وقد خرج
الجواب عن قوله ان جبر ملكه بملكه غير معقول لان ما ذكرنا يمنع تحقق
النقصان من حيث المعنى فيمنع تحقق الفوات من حيث المعنى فلا حاجة
الى الجابر وان هلكا جميعا في يد الغاصب ضمن قيمة الام يوم غصب
لتحقق الغصب فيها ولم يضمن قيمة الولد عندنا لانه غير مغصوب
وعند الشافعي يضمن لوجود الغصب فيه وقد مرت المسلة في صدر
الباب وان كان الغاصب قتل الولد او باعه ضمن قيمته مع قيمة امه
لان الولد وان كان امانة في يدك الغاصب عندنا فالامانة تصير مضمونة
بوجود سبب الضمان فيها وقد وجد على ما بينا فيما تقدم فان كانت قيمة
الام الف درهم فنقصتها الولادة مايه درهم والولد يساوي مايتين ضمن
قيمة الام يوم الغصب الف درهم وضمن من الولد نصف قيمته مايه درهم
يدخل ذلك النصف في قيمة الام وان شيت ضمنته قيمة الام يوم ولدت وقيمة

ط جبر الله لان ضمان الغصب ضمان م

٢ فلو يكون مضمونا م

الولد

الولد تامة وكذلك سوا لان النقصان اذا انجبر بالولد كان الواجب من الضمان
في الحاصل الف ومايه فان اعتبرت قيمة الام تامه بقي نصف قيمة الولد
وان اعتبرت قيمة الام تسعمايه بقي كل قيمة الولد وان هلك احدهما وبقي
الاخر فان هلك الولد قبل الرد رد الام وضمن نقصان الولادة وليس عليه
ضمان الولد عندنا لانه هلك امانة وان هلكت الام وبقي الولد ضمن قيمة
الام يوم غصب ورد الولد ولا تجبر الام بالولد وان كان في قيمة الولد وفا
بقيمة الام بخلاف ضمان النقصان انه يجبر بالولد لان الجبر هناك لاتحاد
سبب النقصان والزيادة وهو الولادة ولم يوجد هاهنا لان الولادة سبب
لحصول الولد وليست سببا لهلاك الام لانها لا تفضي الى الهلاك غالبا فلم يتحد
السبب فتعذر الجبر والله اعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب ثوبا فقطعه
ولم يخطه ان للمغصوب منه ان يضمنه النقصان غير ان النقصان ان كان
يسيرا لا خيار للمغصوب منه وليس له الا ضمان النقصان لان ذلك نقص
وتعييب فيوجب ضمان نقصان العيب وان كان فاحشا بان قطعه قبا
او قميصا فهو بالخيار ان شا اخذه مقطوعا وضمنه ما نقصه القطع وان شا
تركه عليه وضمنه قيمة ثوب غير مقطوع لان القطع الفاحش يفوت
بعض المنافع المطلوبة من الثوب الا ترى انه لا يصلح لما كان يصلح له قبل
القطع فكان استهلاكا له من وجه فيثبت له الخيار وكذلك لو غصب شاة
فذبحها ولم يشوها ولا طبخها فالمغصوب منه بالخيار ان شا اخذ الشاة
وضمنه نقصان الذبح وان شا تركها عليه وضمنه قيمتها يوم الغصب
كذا ذكر في الاصل وسوا سلخها الغاصب وارّبها او لا بعد ان لم يكن شواها
ولا طبخها وروى الحسن عن ابي ٢ انه ان شا اخذ الشاة ولا شي له غيرها وان شا
ضمنه قيمتها يوم الغصب وجه هذه الرواية ان ذبح الشاة ان كان
نقصانا صورة فهو زيادة من حيث المعنى لان المقصود من الشاة اللحم والذبح
وسيلة الى هذا المقصود فلم يكن نقصانا بل كان زيادة حيث رفع عنه
مونة الوسيلة وكان الغاصب محسنا في الذبح وقد قال الله تعالى ما على
المحسنين من سبيل فاذا اختار اخذ اللحم لا يلزمه شي اخر الا انه يثبت له
خيار الترك عليه وتضمينه القيمة لفوات مقصود ما في الجملة وجه
رواية الاصل ان الشاة كما يطلب منها اللحم يطلب منها مقاصد اخر من الدر
والنسل والتجارة وكان الذبح تفويتا لبعض المقاصد المطلوبة منها

٢ حنيفة م

وكان نقصانا لها واستهلاكا من وجه فيثبت خيار تضمين النقصان
وخيار تضمين القيمة كما في مسئلة الثوب وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا
غصب من انسان عينا من ذوات القيم او من ذوات الامثال ونقلها
الى بلد اخرى فالتقيا والعين في يد الغاصب وقيمتها في غير ذلك
المكان اقل من قيمتها في مكان الغصب ان للمغصوب منه ان يطالبه في ذلك
المكان بقيمتها التي في مكان الغصب لان قيم الاعيان تختلف باختلاف الاماكن
بالزيادة والنقصان فاذا نقلها الى ذلك المكان وقيمتها فيه اقل فقد
نقصها من حيث المعنى بالنقل فلو اجبر على اخذ العين لتضرر به من
جهة الغاصب فيثبت له الخيار ان شا طالبه بالقيمة التي في مكان الغصب
وان شا انتظر العود الى مكان الغصب بخلاف ما اذا وجده في البلد الذي
غصبه فيه وقد انتقص السعر انه لا يكون له لان النقصان هناك ما حصل خيار م
بصنعه لانه حصل بتغير السعر ولا صنع للعبد في ذلك بل هو محض صنع
الله تعالى اعني مصنوعه فلم يكن مضمونا عليه ولو كانت قيمة العين في المكان
المنقول اليه مثل قيمتها في مكان الغصب او اكثر ليس له ولاية المطالبة بالقيمة
لان الحكم الاصلي للغصب هو وجوب رد العين حال قيام العين والمصير
الى القيمة لدفع الضرر وهاهنا يمكنه الوصول الى العين من غير ضرر يلزمه
فلا يملك العدول الى القيمة ولو كان المغصوب دراهم او دنانير فليس له ان يطالبه
بالقيمة وان اختلف السعر لان الدراهم والدنانير جعلت اثمان الاشيا ومعنى
الثمنية لا تختلف باختلاف الاماكن لانه ليس لها حمل ومونة لعزتها عادة م
وقلتها عادة فلم يكن النقل نقصانا لها واختلاف قيم الاعيان باختلاف الاماكن
للحاجة الى الحمل والمونة ولم يوجد فلم يكن له ولاية المطالبة بالقيمة
وله ان يطالبه برد عينها لانه هو الحكم الاصلي للغصب والمصير الى القيمة
لعارض العجز او الضرر ولم يوجد هذا اذا كانت العين المغصوبة قايمة
في يد الغاصب فاما اذا كانت هالكة فالتقيا فان كانت من ذوات القيم اخذ
قيمتها التي كانت وقت الغصب لانها تبين ان الغصب السابق وقع اتلافا من اذا هلكت م
حين وجوده والحكم يثبت من حين وجود سببه وان كانت من ذوات
الامثال ينظر ان سعرها في المكان الذي التقيا فيه اقل من سعرها في مكان كان م
الغصب فالمغصوب منه بالخيار ان شا اخذ القيمة التي للعين في مكان الغصب
وان شا انتظر ولا يجبر على اخذ المثل في هذا المكان لما ذكرنا انه نقص العين

بالنقل

بالنقل الى هذا المكان لما بينا ان اختلاف قيمة الاشيا التي لها حمل ومونة باختلاف
المكان لمكان الحمل والمونة فالجبر على الاخذ في هذا المكان يكون اضرارا به فيثبت له
الخيار ان شا اخذ القيمة وان شا انتظر كما لو كانت العين قايمة وقيمتها في هذا
المكان اقل وان كانت قيمتها في هذا المكان مثل قيمتها في مكان الغصب كان
للمغصوب منه ان يطالبه بالمثل لانه لا ضرر فيه على احد وان كانت قيمتها
في مكان الخصومة اكثر من قيمتها في مكان الغصب فالغاصب بالخيار ان شا
اعطى المثل في مكان الخصومة وان شا اعطا القيمة في مكان الغصب لان في
الزام تسليم المثل في مكان الخصومة ضررا بالغاصب وفي التاخير الى العود
الى مكان الغصب ضررا بالمغصوب منه فيسلم اليه في هذا المكان القيمة
التي له في مكان الغصب الا ان المغصوب منه بالتاخير والله اعلم وان كان يرضى م
المغصوب من اموال الربا مما لا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا كالمكيل
والموزون فانتقص في يد الغاصب بصنعه او بغير صنعه فليس
للمغصوب منه ان ياخذه منه ويضمنه قيمة نقصانه لانه يودي
الى الربا وعلى هذا يخرج ما اذا غصب حنطة فعفنت في يد الغاصب او
ابتلت او صب الغاصب فيها ما فانتقصت قيمتها ان صاحبها بالخيار ان
شا اخذها بعينها ولا شي له غيرها وان شا تركها على الغاصب وضمنه
مثل ما غصب وليس له ان ياخذها ويضمنه النقصان وهذا عندنا
وعند الشافعي له ذلك بنا على ان الجودة بانفرادها لا قيمة لها في اموال
الربا عندنا وعنده لها قيمة والمسئلة تذكر في كتاب البيوع واذا لم
تكن متقومة لا تكون مضمونة لان المضمون هو المال المتقوم ولانها اذا لم
تكن متقومة تودي الى الربا ولو غصب درهما صحيحا او دينارا صحيحا في القيمة م
فانكسر في يده او كسره ان كان في موضع لا يتفاوت الصحيح والمكسر لا شي
على الغاصب وان كان في موضع يتفاوت فصاحبها بالخيار ان شا اخذه
بعينه ولا شي له غيره او يضمنه النقصان عندنا خلافا للشافعي بنا على
الاصل الذي ذكرنا وان كان المغصوب انا فضة او ذهب فانهشم في يدي الغاصب
او هشمه فالمالك بالخيار ان شا اخذه بعينه ولا شي له غيره وان شا ضمنه
قيمته من خلاف الجنس لان الجودة لا قيمة لها بانفرادها اما مع الاصل فمتقومة
خصوصا اذا حصلت بفعل العباد ولا بد من التضمين والتضمين بالمثل غير
ممكن لانه لا مثل له فوجب التضمين بالقيمة ثم لا سبيل الى تضمينه بجنسه لانه

كسر عليه
وان شا ضمنه مثل ما اخذ
وليس له ان ياخذه
بعينه صح

يؤدي الى الربا فلزمه تضمينه بخلاف جنسه بخلاف الدراهم والدنانير لان هناك
ايجاب المثل ممكن وهو الاصل في الباب فلا يعدل عن الاصل من غير ضرورة ولو
قضى عليه بالقيمة من خلاف الجنس ثم تفرقا قبل التقابض من الجانبين لا يبطل
القضا عند اصحابنا الثلاثة لان القيمة قامت مقام العين وعند زفر يبطل
لانه صرف وكذلك انية الصفر والنحاس والشبه والرصاص ان كانت
تباع وزنا لم تخرج بالصناعة عن حد الوزن وكانت موزونة وكانت من
اموال الربا كالذهب والفضة وكذلك هذا الحكم في كل مكيل وموزون اذا انتقص
من وصفه لا من الكيل والموزون وان كانت تباع عددا فانكسرت او
كسرت ان كان ذلك لم يورث فيه عيبا فاحشا فليس لصاحبه فيه خيار
الترك ولكنه ياخذها ويضمنه نقصان القيمة وان كان اورث عيبا فاحشا
فصاحبها بالخيار ان شا اخذها واخذ قيمة النقصان وان شا تركها عليه
وضمنه قيمتها صحيحا وعلى هذا يخرج ما اذا غصب عصيرا فصار خلا
في يده او لبنا حليبا فصار مخيضا او عنبا فصار زبيبا او رطبا فصار تمرا
ان المغصوب منه بالخيار ان شا اخذ ذلك الشي بعينه ولا شي له غيره
لان هذه من اموال الربا فلم تكن الجودة فيها بانفرادها متقومة فلا تكون
متقومة وان شا تركه على الغاصب وضمنه مثل ما غصب لما ذكرنا فيما
تقدم واما طريق معرفة النقصان فهو ان يقوم صحيحا ويقوم وبه العيب
فيجب قدر ما بينهما لانه لا يمكن معرفة قدر النقصان الا بهذا الطريق
والله اعلم واما الذي يتعلق بحال زيادة المغصوب فنقول وبالله التوفيق
اذا حدثت زيادة في المغصوب في يدي الغاصب فالزيادة لا تخلوا اما ان
كانت منفصلة عن المغصوب وان كانت متصلة به فان كانت منفصلة
عنه اخذها المغصوب منه مع الاصل ولا شي عليه للغاصب سوا كانت
متولدة من الاصل كالولد واللبن والصوف او ما هو في حكم المتولد كالارش
والعقر او غير متولدة منه اصلا كالكسب من العبيد والهبة والصدقة
ونحوها لان المتولد بدل جزء مملوك او بدل ما له حكم الجزء وكان مملوكا له
وغير المتولد كسب ملكه فكان ملكه واما ملك المنفعة وهو الاجرة بان اجر
الغاصب المغصوب يملك الغاصب عندنا ويتصدق به خلافا للشافعي
بنا على ان المنافع ليست باموال متقومة بانفسها عندنا حتى لا تضمن بالغصب
والاتلاف كالاعيان وقد ذكرنا المسالة فيما تقدم والله اعلم وان كانت متولدة

كالحسن

م وهي وانية الذهب والفضة سوا لانها اذا كانت تباع وزنا صح

ط فاذا انهشمت في يد الغاصب نفسه او غيره تحدث فيها عيب فاحش او يسير ان شا اخذه كذلك ولا شي له غيره وان شا تركه عليه بالقيمة من الدراهم والدنانير ولا بد من التقابض فيه شرطا بالاجماع صح

م والتمر م

م منها نما ملكه فكان ملكه وما هو في حكم المتولد صح

م متصلة به فان كانت صح

وانما تتقوم بالعقد وانه وجد من الغاصب وعن محمد هي اموال متقومة بانفسها بالغصب والاتلاف م

كالحسن والجمال والسمن والكبر ونحوها اخذها المالك مع الاصل ولا شي
عليه للغاصب لانها نما ملكه وان كانت غير متولدة منه ينظر ان كانت الزيادة
عين مال متقوم في المغصوب وهو تابع للمغصوب منه بالخيار على ما نذكر
وان لم يكن عين مال متقوم قائم اخذها المغصوب منه ولا شي للغاصب
وان كان عين مال متقوم لكنه ليس تبع للمغصوب بل هو اصل بنفسها تزول
عن ملك المغصوب منه وتصير ملكا للغاصب بالضمان وبيان هذا في
مسايل اذا غصب من انسان ثوبا فصبغه الغاصب بصبغ نفسه فان صبغه
احمر او اصفر بالعصفر والزعفران وغيرهما من الالوان سوى السواد
فصاحب الثوب بالخيار ان شا اخذ الثوب من الغاصب واعطاه ما زاد
الصبغ فيه اما ولاية اخذ الثوب فلان الثوب ملكه لبقا اسمه ومعناه
واما ضمان ما زاد الصبغ فيه اما ولاية فلان للغاصب عين مال متقوم قائم فلا
سبيل الى ابطال ملكه عليه من غير ضمان فكان الاخذ بضمان رعاية الجانبين
وان شا ترك الثوب على الغاصب وضمنه قيمة ثوب ابيض يوم الغصب
لانه لا سبيل الى جبره على اخذ الثوب اذ لا يمكنه اخذه الا بضمان وهو
قيمة ما زاد الصبغ فيه ولا سبيل الى جبره على الضمان لانعدام مباشرة سبب
وجوب الضمان منه وقيل له خيار ثالث يترك الثوب على حاله وكان الصبغ
فيه للغاصب فيباع الثوب ويقسم الثمن على قدر حقيهما كما اذا انصبغ
لا بفعل احد لان الثوب ملك المغصوب منه والصبغ ملك الغاصب
والتمييز متعذر فصارا شريكين في الثوب فيباع الثوب ويقسم الثمن
بينهما على قدر حقيهما وانما كان الخيار للمغصوب منه لا للغاصب وان كان
للغاصب فيه ملك ايضا وهو الصبغ لان الثوب اصل والصبغ تابع له
فتخيير صاحب الاصل اولى من تخيير صاحب التبع وليس للغاصب ان يحبس
الثوب بالعصفر لانه صاحب تبع وان صبغه اسود اختلف فيه قال
ابو حنيفة صاحب الثوب بالخيار ان شا تركه على الغاصب وضمنه قيمة
ثوب ابيض وان شا اخذ الثوب ولا شي للغاصب بل ضمنه النقصان
وقال ابو يوسف ومحمد السواد وساير الالوان سوا وهذا بنا على ان السواد
نقصان عند ابي حنيفة لانه يحرق الثوب فينقصه وعندهما زيادة كساير
الالوان وقيل انه لا خلاف بينهم في الحقيقة وجواب ابي حنيفة في سواد ينقص
وجوابهما في سواد يزيد وقيل لان السواد يعد نقصانا في زمنه وزمنهما كان

م للمغصوب قائم م

بعد زيادة وكان اختلاف زمان والله اعلم واما العصفر اذا نقص الثوب بان كان
قيمة الثوب ثلاثين فعادت قيمته بالصبغ الى عشرين فانه ينظر الى قدر
ما يزيد هذا الصبغ لو كان في ثوب يزيد هذا الصبغ قيمته ولا ينقص فان
كان يزيد قدر خمسة دراهم فصاحب الثوب بالخيار ان شا ترك الثوب على
الغاصب وضمنه قيمة ثوبه ابيض ثلاثين درهما وان شا اخذ الثوب
واخذ من الغاصب خمسة دراهم كذا في المحمد رحمه الله لان العصفر نقص
من هذا الثوب عشرة دراهم الا انه بقدر خمسة فيه صبغ فانجبر نقصان
الخمسة م فيرجع عليه بخمسة وكذلك السواد على هذا والله اعلم ولو صبغ
الثوب المغصوب بعصفر نفسه وباعه وغاب ثم حضر صاحب الثوب
يقضى له بالثوب ويستوثق منه بكفيل اما القضا بالثوب لصاحب الثوب
فلما ذكرنا ان الثوب اصل والصبغ تابع له وكان صاحب الثوب صاحب اصل
فكان اعتبار جانبه اولى واما الاستيثاق بكفيل فلان للغاصب فيه عين
مال متقوم قايم ولو وقع الثوب المغصوب في صبغ انسان فانصبغ به او
هبت الريح بثوب انسان فالقته في صبغ غيره فانصبغ به فان كان الصبغ
عصفرا او زعفرانا فصاحب الثوب بالخيار ان شا اخذ الثوب واعطاه ما
زاد الصبغ فيه لما مر وان شا امتنع لما ذكرنا انه لا سبيل الى جبره على الضمان
لانعدام مباشرة سبب وجوب الضمان منه فيباع الثوب فيضرب كل
واحد منهما بحقه يضرب صاحب الثوب بقيمة ثوبه ابيض لان حقه في
الثوب الابيض وصاحب الصبغ يضرب بقيمة الصبغ في الثوب وهو
قيمة ما زاد الصبغ فيه لان حقه في الصبغ القايم في الثوب لا في الصبغ المنفصل
وانما يثبت الخيار لصاحب الثوب لا للغاصب لما بينا وان كان سوادا اخذ
صاحب الثوب ولا شي عليه من قيمة الصبغ بل يضمنه النقصان ان كان غاصبا
لان النقصان حصل في ضمانه وهذا قول ابي حنيفة وعندهما حكمه حكم ساير
الالوان على ما بينا وكذلك السمن يخلط بالسويق المغصوب او يختلط به فالسويق
بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ لان السويق اصل والسمن كالتابع له الا ترى انه
يقال سويق ملتوت ولا يقال سمن ملتوت واما العسل اذا خلط بالسمن او
اختلط به فكلاهما اصل واذا خلط المسك بالدهن او اختلط به فان كان يزيد
الدهن ويصلحه كان المسك بمنزلة الصبغ وان كان دهنا لا يصلح بالخلط ولا يزيد
قيمته كالادهان المنتنة فهو هالك ولا يعتد به والله اعلم ولو غصب من انسان ثوبا

م به او صارت الخمستان قصاصا وبقي نقصان خمسة م

غصب من انسان ثوبا ومن انسان صبغا

ومن

ومن انسان صبغا فصبغه به ضمن لصاحب الصبغ صبغا مثل صبغه
لانه اتلف عليه صبغه وهو من ذوات الامثال فيكون مضمونا بالمثل وبعد
ذلك حكمه وحكم ما اذا صبغ الثوب المغصوب بصبغ نفسه سوا لانه
ملك الصبغ بالضمان وقد بينا ذلك ولو غصب من انسان ثوبا ومن اخر صبغا
فصبغه به ثم غاب ولم يعرف فهذا وما اذا انصبغ بغير فعل احد سوا
استحسانا والقياس ان لا يكون لصاحب الصبغ على صاحب الثوب سبيل
وجه القياس ما ذكرنا ان الصبغ صار مضمونا عليه لوجود الاتلاف م فملكه
بالضمان وزال عنه ملك صاحبه وجه الاستحسان انه اذا غاب الغاصب
على وجه لا يعرف لا يمكن اعتبار فعله في ادارة الحكم عليه فيجعل كانه
حصل لا بصنع احد ولو غصب ثوبا وعصفرا من رجل واحد فصبغه
به فالمغصوب منه ياخذ الثوب مصبوغا ويبرئ الغاصب من الضمان في
العصفر والثوب استحسانا والقياس ان يضمن الغاصب عصفرا مثله ثم يصير
كانه صبغ ثوبه بعصفر نفسه فيثبت الخيار لصاحب الثوب لما ذكرنا انه
اتلف عليه عصفره وملكه بالضمان فهذا رجل صبغ الثوب بعصفر نفسه
فيثبت الخيار لصاحب الثوب وجه الاستحسان ان المغصوب منه واحد
فالغاصب خلط المغصوب بماله وخلط مال الانسان بماله لا يعد استهلاكا بل
يكون نقصانا فاذا اختار اخذ الثوب فقد ابراه عن النقصان ولو كان العصفر
لرجل والثوب لاخر فرضيا ان ياخذاه كما ياخذ الواحد لو كانا له فليس لهما
لهما ذلك لان المالك هاهنا اختلف فكان الخلط استهلاكا والله اعلم ولو
غصب انسان عصفرا وصبغ به ثوب نفسه ضمن عصفرا مثله لانه استهلك
عليه عصفره وهو مثلي فيضمن مثله وليس لصاحب العصفر ان يحبس الثوب
لان الثوب اصل والعصفر تابع له والسواد في هذا بمنزلة العصفر في قول
ابي حنيفة ايضا لان هذا ضمان الاستهلاك والالوان كلها في حكم ضمان الاستهلاك
سوا والله اعلم ولو غصب دارا فجصصها ثم ردها قيل لصاحبها اعطه ما
زاد التجصيص فيها الا ان يرضى صاحب الدار ان ياخذ الغاصب جصه لان
للغاصب فيها عين مال متقوم قايم وهو الجص فلا يجوز ابطال حقه عليه
من غير عوض فيخير صاحب الدار لانه صاحب اصل وان شا اخذها وغرم
للغاصب ما زاد التجصيص فيها وان شا رضي بان ياخذ جصه ولو غصب
مصحفا فنقطه روي عن ابي يوسف ان لصاحبه اخذه ولا شي عليه وقال

م منه م

محمد صاحبه بالخيار ان شا اعطاه ما زاد النقط فيه وان شا ضمنه قيمته غير
منقوط ووجه قول محمد ان النقط زيادة في المصحف فاشبه الصبغ في
الثوب ووجه ما روي عن ابي يوسف ان النقط اعيان لا قيمة لها فلم يكن
للغاصب فيه عين مال متقوم قايم بقي مجرد عمله وهو النقط ومجرد العمل
لا يتقوم الا بالعقد ولم يوجد ولان النقط في المصحف مكروه الا ترى الى ما
روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال جردوا القران واذا كان التجريد
مندوبا اليه كان النقط مكروها فلم يكن زيادة وكان لصاحب المصحف اخذه
ولو غصب حيوانا فكبر في يده او سمن وازدادت قيمته بذلك فلصاحبه ان
ياخذه ولا شي عليه للغاصب لانه ليس للغاصب فيه عين مال متقوم قايم
وانما الزيادة نما ملك المالك وكذلك لو غصب جريحا او مريضا فداواه حتى
برى وصح لما قلنا ولا يرجع الغاصب على المالك بما انفق لانه انفق على مال الغير
بغير اذنه فكان متبرعا وكذلك لو غصب ارضا فيها زرع او شجر فسقاه
الغاصب وانفق عليه حتى انتهى بلوغه وكذلك لو كان نخلا اطلع فابره
ولقحه وقام عليه فهو للمغصوب منه ولا شي للغاصب فيما انفق لما قلنا ولو
كان حصد الزرع فاستهلكه او جذ من الثمر شيا او جز الصوف او حلب الشاة
كان ضامنا لانه اتلف مال الغير بغير اذنه فيضمن ولو غصب ثوبا ففتله
او غسله او قصره فلصاحبه ان ياخذه ولا شي للغاصب لانه ليس للغاصب
عين مال متقوم قايم فيه اما الفتل فانه تغير الثوب من صفة الى صفة واما   م اخرى صح
الغسل فانه ازالة الوسخ عن الثوب واعادة له الى الحالة الاولى والصابون
او الحرض فيه يتلف ولا يبقى واما القصارة فانها تسوية اجزا الثوب
فلم يحصل في المغصوب زيادة عين مال متقوم قايم ولو غصب من مسلم خمرا
فخللها فلصاحبها ان ياخذ الخل من غير شي لان الخل ملكه لان الملك كان ثابتا
له في الخمر فاذا صار خلا حدث الخل على ملكه وليس للغاصب فيه عين مال قايم
متقوم لان الملح الملقى في الخمر يتلف فيها فصار كما لو تخللت بنفسها في
بيته ولو كان كذلك لاخذه من غير شي كذا هذا وقيل موضوع المسلة انه
خللها بالنقل من الظل الى الشمس لا بشي له قيمة وهو الصحيح وعلى هذا يخرج
ما اذا غصب جلد ميتة ودبغه انه ان دبغه بشي لا قيمة له كالما والتراب
والشمس كان لصاحبه ان ياخذه ولا شي عليه للغاصب لان الجلد كان ملكه
وبعد ما صار مالا بالدباغ بقي على حكم ملكه وليس للغاصب فيه عين مال متقوم

للغاصب م

قايم

قايم انما فيه مجرد فعل الدباغ ومجرد العمل لا يتقوم الا بالعقد ولم يوجد
هذا اذا اخذه من منزله فدبغه فاما اذا كانت الميتة ملقاة على الطريق فاخذ
جلدها فدبغه فلا سبيل له على الجلد لان الالقا في الطريق اباحة للاخذ
كالقا النوى وقشور الرمان على قوارع الطرق ولو هلك الجلد المغصوب
بعد ما دبغه بشي لا قيمة له لا ضمان عليه لان الضمان لو وجب عليه اما ان يجب
بالغصب السابق واما ان يجب بالاتلاف لا سبيل الى الاول لانه لا قيمة له
وقت الغصب ولا سبيل الى الثاني لانه لم يوجد الاتلاف من الغاصب وان
استهلكه يضمن بالاجماع لانه كان ملكه قبل الدباغ وبعد ما صار مالا بالدباغ
بقي على حكم ملكه لا حق للغاصب فيه واتلاف مال مملوك للغير بغير اذنه
لا حق له فيه يوجب الضمان ولو دبغه بشي متقوم كالقرظ والعفص
ونحوهما فلصاحبه ان ياخذه ويغرم له ما زاد الدباغ فيه لانه ملك
صاحبه وللغاصب فيه عين ملك متقوم قايم فلزم مراعاة الجانبين
وذلك فيما قلنا وليس له ان يضمنه قيمة الجلد لانه لو ضمنه قيمته لضمنه
يوم الغصب ولم يكن له قيمة يوم الغصب ولو هلك في يده بعد ما دبغه
لا ضمان عليه لما بينا ولو استهلكه فكذلك عند ابي حنيفة وذكر في ظاهر
الرواية ان على قول ابي يوسف ومحمد يضمن قيمته مدبوغا ويعطيه المالك
ما زاد الدباغ فيه وذكر الطحاوي في مختصره ان عندهما يغرم قيمته ان لو
كان الجلد ذكيا غير مدبوغ وجه قولهما انه اتلف مالا متقوما مملوكا بغير
اذن مالكه فيوجب الضمان كما اذا دبغه بشي لا قيمة له فاستهلكه وانما
قلنا ذلك اما المالية والتقوم فلان الجلد بالدباغ صار مالا متقوما واما
الملك فلانه كان ثابتا له قبل الدباغ وبعده بقي على حكم ملكه ولهذا
وجب عليه الضمان فيما اذا دبغه بما لا قيمة له كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله
ان التقوم حدث بصنع الغاصب فلا يجب الضمان عليه لان الاصل ان الحادث
بفعل الانسان يكون حقا له فلا يمكن ايجاب الضمان عليه فالتحق هذا الوصف
بالعدم فكان هذا اتلاف مال لا قيمة له من حيث المعنى فلا يجب الضمان
ولان تقوم الجلد تابع لما زاد بالدباغ فيه لانه حصل بالدباغ وما زاد
الدباغ فيه مضمون فكذا ما هو تابع له لكونه ملحقا به والمضمون بدله
لا يضمن بالقيمة عند الاتلاف كالمبيع قبل القبض بخلاف ما اذا دبغه
بشي لا قيمة له لان هناك ما زاد الدباغ فيه غير مضمون فلم يوجد الاصل فلا

يلحق به غيره وان كان الجلد ذكيا فدبغه فان دبغه بما لا قيمة له فلصاحبه ان
ياخذه ولا شي عليه لما ذكرنا انه ملك صاحبه وليس للغاصب فيه عين مال متقوم
قايم وليس له ان يضمن الغاصب شيا لان الجلد قايم لم ينتقص ولو دبغه بما له
قيمة فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير مدبوغ وان شا اخذه
واعطاه ما زاد الدباغ فيه لما ذكرنا في الثوب المغصوب اذا صبغه احمر او
اصفر بصبغ نفسه ولو ان الغاصب جعل هذا الجلد اديما او زقا او دفترا او
جرابا او فروا او لم يكن للمغصوب منه على ذلك سبيل لانه صار شيا اخر حيث
تبدل الاسم والمعنى وكان استهلاكا له معنى ثم ان كان الجلد ذكيا فله قيمته يوم
الغصب وان كان ميتة فلا شي له ولو غصب عصير المسلم فصار خمرا في
يده او خلا ضمن عصيرا مثله لانه هلك في يده لصيرورته خمرا او خلا والعصير
من ذوات الامثال فيكون مضمونا بالمثل **فصل** واما حكم اختلاف
الغاصب والمغصوب منه اذا قال الغاصب هلك المغصوب في يدي ولم
يصدقه المغصوب منه ولا بينة للغاصب فان القاضي يحبس الغاصب مدة
لو كان قايما لاظهره في تلك المدة ثم يقضي عليه بالضمان لما ذكرنا فيما تقدم
ان الحكم الاصلي للغصب هو وجوب رد عين المغصوب والقيمة خلف عنه
فما لم يثبت العجز عن الاصل لا يقضي بالقيمة التي هي خلفه ولو اختلفا في
اصل الغصب او في جنس المغصوب ونوعه او قدره او صفته او قيمته
وقت الغصب فالقول في ذلك كله قول الغاصب لان المغصوب منه
يدعي عليه الضمان وهو ينكر وكان القول قوله اذ القول في الشرع قول
المنكر ولو اقر الغاصب بما يدعي المغصوب منه وادعى الرد عليه لا يصدق
الا ببينة لان الاقرار بالغصب اقرار بوجود سبب وجوب الضمان منه فهو
بقوله رددت عليك يدعي انفساخ السبب فلا يصدق من غير بينة وكذلك
لو ادعى الغاصب ان المغصوب منه هو الذي احدث العيب في المغصوب لا
يصدق الا ببينة لان الاقرار بوجود الغصب بجميع اجزايه في ضمانه فهو
بدعوى احداث العيب من المغصوب منه يدعي خروج بعض اجزايه عن
ضمانه فلا يصدق الا ببينة ولو اقام المغصوب منه البينة انه غصب
الدابة ونفقت عنده واقام الغاصب البينة انه ردها اليه وانها نفقت
عنده فلا ضمان عليه لان من الجايز ان شهود المغصوب منه اعتمدوا في
شهادتهم على استصحاب الحال لما انهم علموا بالغصب وما علموا بالرد

م منه اقرار بوجود الغصب

بدعوى

فبنوا

فبنوا الامر على ظاهر بقا المغصوب في يد الغاصب الى وقت الهلاك وشهود الغاصب
في شهادتهم بالرد اعتمدوا حقيقة الامر وهو الرد لانه امر لم يكن فكانت
الشهادة القايمة على الرد اولى كما في شهود الجرح مع شهود التزكية وروي
عن ابي يوسف ان الغاصب ضامن ولو اقام المغصوب منه البينة انه غصب
منه هذا العبد ومات عنده واقام الغاصب البينة ان العبد مات في يد مولاه
قبل الغصب لا يتعلق به حكم فلم تقبل الشهادة عليه والتحقت بالعدم فيجب
العمل بشهادة شهود المغصوب منه ولان من الجايز ان شهود الغاصب اعتمدوا
استصحاب الحال وهو حال اليد التي كانت عليه للمولى لجواز انهم علموها ثابتة
ولم يعلموا بالغصب وظنوا تلك اليد قايمة فاستصحبوها وشهود المغصوب
منه اعتمدوا في شهادتهم تحقق الغصب فكانت شهادتهم اولى بالقبول ولو
اقام المغصوب منه البينة ان الغاصب غصب هذا العبد يوم النحر بالكوفة
واقام الغاصب البينة انه كان يوم النحر بمكة هو والعبد فالضمان واجب
على الغاصب لان بينة الغاصب لا يتعلق بها حكم فالتحقت بالعدم فبقيت
بينة المغصوب منه بينة بلا تعارض فلزم العمل بها وقال محمد في الاملا
اذا اقام الغاصب البينة انه مات في يدي الغاصب فالبينة بينة الغاصب
لما ذكرنا ان بينته قامت على اثبات امر لم يكن وهو الرد وبينة المغصوب منه
قامت على ابقا ما كان وهو الغصب وكانت بينة الرد اولى والله اعلم ولو اقام
المغصوب منه البينة ان الدابة نفقت عند الغاصب من ركوبه واقام
الغاصب البينة انه ردها اليه فالبينة بينة المغصوب منه وعلى الغاصب
القيمة لان بينة الغاصب لا تدفع بينة المغصوب منه لانها قامت على رد
المغصوب ومن الجايز انه رده ثم غصبه ثانيا وركبه فنفق في يده فامكن الجمع
بين البينتين وكذلك لو شهد شهود صاحب الدابة ان الغاصب قتلها
وشهد شهود الغاصب انه ردها اليه لما قلنا اذا قال رجل لاخر غصبنا
منك الفا ثم قال كنا عشرة قال ابو يوسف لا يصدق وقال زفر يصدق
وجه قول زفر ان قوله غصبنا منك حقيقة للجمع والعمل بحقيقة اللفظ
واجب وفي الحمل على الواحد ترك العمل بالحقيقة فيصدق وجه
قول ابي يوسف ان العمل بالحقيقة واجب ما امكن وهاهنا لا يمكن لان قوله
غصبنا اخبار عن وجود الغصب من جماعة مجهولين فلو عملنا بحقيقته
لالغينا كلامه ولا شك ان العمل بالمجاز اولى من الالغا **فصل** واما

لم ينتفع الغصب فلم يكن الشهادة بان موته في يد مولاه م

انه مات في يد المغصوب منه واقام المغصوب منه البينة م

م على ما كان م

مسايل الاتلاف فالكلام فيها ان الاتلاف لا يخلو اما ان ورد على بني ادم واما ان ورد
على غيرهم من البهايم والجمادات فان ورد على بني ادم فحكمه في النفس وما دون
النفس نذكره في كتاب الجنايات ان شا الله تعالى وان ورد على بني ادم فانه غير
يوجب الضمان اذا استجمع شرايط الوجوب فيقع الكلام فيه في ثلاثة مواضع
في بيان كونه سببا لوجوب الضمان وفي بيان شرايط وجوب الضمان وفي
بيان ماهية الضمان الواجب به اما الاول فلا شك ان الاتلاف سبب لوجوب
الضمان عند استجماع شرايط الوجوب لان اتلاف الشي اخراجه من ان يكون
منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة وهذا اعتدا واضرار وقد قال تعالى فمن
اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقال صلى الله عليه وسلم لا ضرر
ولا ضرار في الاسلام وقد تعذر نفي الضرر من حيث الصورة فيجب نفيه من
حيث المعنى بالضمان ليقوم الضمان مقام المتلف فينتفي الضرر بالقدر
الممكن ولهذا وجب الضمان بالغصب فبالاتلاف اولى لانه في كونه اعتدا
واضرارا فوق الغصب فلما وجب بالغصب فبالاتلاف اولى سوا وقع اتلافا
له صورة ومعنى باخراجه عن كونه صالحا للانتفاع او معنى باحداث
معنى فيه يمنع من الانتفاع به مع قيامه في نفسه حقيقة لان كل ذلك
اعتدا واضرار وسوا كان الاتلاف مباشرة بايصال الالة بمحل التلف
او تسبيبا بالفعل في محل يفضي الى تلف غيره عادة لان كل واحد منهما
يقع اعتدا واضرارا فيوجب الضمان وبيان ذلك في مسايل اذا قتل دابة
انسان او احرق ثوبه او قطع شجره او اراق عصيره او هدم بناه ضمن
سوا كان التلف في يد المالك او في يد الغاصب لتحقق الاتلاف في الحالين
غير ان المغصوب ان كان منقولا وهو في يد الغاصب يخير المالك ان شا
ضمن الغاصب وان شا ضمن المتلف لوجود سبب وجوب الضمان من كل
واحد منهما فان ضمن الغاصب فالغاصب يرجع بما ضمن على المتلف لانه ملك
المغصوب بالضمان فتبين ان الاتلاف ورد على ملكه وان ضمن المتلف
لا يرجع بالضمان على احد وان كان عقارا ضمن المتلف ولا يضمن الغاصب
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد الجواب فيه وفي المنقول سوا
بنا على ان العقار غير مضمون بالغصب عندهما وعنده مضمون به وكان له ان
يضمن ايهما شا كما في المنقول ولذلك اذا انتقص مال انسان مما لا يجري فيه
الربا ضمن النقصان سوا كان في يد المالك او في يد الغاصب لان النقص اتلاف

جزء

جزء منه وتضمينه ممكن لانه يؤدي الى الربا فيضمن قدر النقصان بخلاف
الاموال الربوية على ما مر غير ان النقصان اذا كان بفعل غير الغاصب فالمغصوب
منه بالخيار ان شا ضمن الغاصب ويرجع الغاصب على الذي نقص وان شا
ضمن الذي نقص وهو لا يرجع على احد لما قلنا ولو غصب عبدا قيمته الف
درهم فازداد في يد الغاصب حتى صارت قيمته الفين فقتله انسان خطا فالمالك
بالخيار ان شا ضمن الغاصب قيمته وقت الغصب الف درهم وان شا ضمن
القاتل قيمته وقت القتل الفين لانه وجد سببا وجوب الضمان الغصب
والقتل والزيادة الحادثة في يد الغاصب غير مضمونة بالغصب وهي مضمونة
بالقتل لذلك ضمن الغاصب الفا والقاتل الفين فان ضمن القاتل فانه لا يرجع على
احد وان ضمن الغاصب فالغاصب يرجع على عاقلة القاتل بالفين ويتصدق
بالفضل على الالف واما الرجوع عليهم بالفين فلانه ملك المغصوب بالضمان
فتبين ان القتل ورد على عبد الغاصب فيضمن قيمته واما التصدق بالفضل
على الالف فلتمكن الخبث فيه لاختلاف الملك وينبغي ان يكون هذا على
اصل ابي حنيفة اظهر فاما على اصل ابي يوسف فالفضل طيب له ولا يلزمه
التصدق به وان قتله الغاصب بعد الزيادة خطا فالمغصوب منه بالخيار
ان شا ضمنه قيمته يوم الغصب الف درهم وان شا ضمن عاقلته قيمته يوم
القتل الفي درهم وهو الصحيح بخلاف المغصوب اذا كان حيوانا سوى بني
ادم فقتله الغاصب بعد الزيادة انه لا يضمن قيمته الا يوم الغصب الف
درهم عند ابي حنيفة وقد بينا الفرق بينهما فيما تقدم ولو قتل العبد نفسه
في يد الغاصب بعد حدوث الزيادة ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب الفا
لما ذكرنا ولو كانت الزيادة ولدا فقتلت الجارية ولدها ثم ماتت الجارية فعلى
الغاصب قيمتها يوم الغصب الف درهم وليس عليه ضمان الولد لان قتلها ولدها
هدر لا حكم له فالتحق بالعدم كانه مات حتف انفه فهلك امانة وبقيت
الام مضمونة بالغصب ولو اودع رجلان رجلا كل واحد منهما الف درهم فخلط
المستودع احد الالفين بالاخر خلطا لا يتميز ضمن لكل واحد منهما الفا وملك
المخلوط في قول ابي حنيفة لان الخلط وقع اتلافا معنى وعند ابي يوسف
ومحمد هما بالخيار بين ان ياخذا ذلك ويقتسماه بينهما وبين ان يضمناه
والمسلة مرت في كتاب الوديعة ثم قال محمد ولا يسع المودع اكل هذه
الدراهم حتى يودي مثلها الى صاحبها وهذا صحيح لا خلاف فيه لان عندهما

لان قتله نفسه هدر فيلتحق بالعدم كانه مات بنفسه ولو كان كذلك لضمن قيمته يوم الغصب الف درهم صح

لم ينقطع حق المالك وعند ابي حنيفة انقطع وثبت الملك للمستودع لكن فيه
خبث فيمنع من التصرف فيه حتى يرضى صاحبه ولو ان رجلا له كران
اغتصب رجل احدهما او سرقه ثم ان المالك اودع الغاصب او السارق
ذلك الاخر فخلطه بكر الغصب ثم ضاع ذلك كله ضمن كر الوديعة بسبب
الخلط لانه خلط ملكه بملكه وذلك ليس باستهلاك فلا يجب الضمان عليه
عليه بسبب الخلط وبقي الكر المضمون وكر الامانة في يده على حالهما فصار
كانهما هلكا قبل الخلط ولو خلط الغاصب دراهم الغصب بدراهم نفسه
خلطا لا يتميز ضمن مثلها وملك المخلوط لانه اتلفها بالخلط وان مات كان
ذلك لجميع الغرما والمغصوب منه اسوة الغرما لانه زال ملكه عنها
وصار ملكا للغاصب ولو اختلطت دراهم الغصب بدراهم نفسه خلطا لا
يتميز ضمن مثلها وملك المخلوط لانه اتلفها بالخلط وان مات كان ذلك
لجميع الغرما والمغصوب منه اسوة الغرما لانه زال ملكه عنها وصار ملكا
للغاصب ولو اختلطت دراهم الغصب بدراهم نفسه بغير صنعه فلا يضمن
وهو شريك للمغصوب منه لان الاختلاط من غير صنعه هلاك وليس
باستهلاك فصار كما لو تلفت بنفسها وصارا شريكين لاختلاط الملكين على وجه
لا يتميز والله اعلم ولو صب ماء في طعام في يد انسان فافسده وزاد في
كيله فلصاحب الطعام ان يضمنه قيمته قبل ان يصب فيه الما وليس له
ان يضمنه طعاما مثله ولا يجوز له ان يضمنه مثل كيله قبل صب الما وكذلك
لو صب ماء في دهن او زيت لانه لا سبيل الى ان يضمنه مثل الطعام المبلول
والدهن المصبوب فيه الما لانه لا مثل له ولا سبيل الى ان يضمنه مثل
كيل الطعام قبل صب الما فيه لانه لم يكن منه غصب متقدم حتى لو غصب
ثم صب فعليه مثله والله اعلم ولو فتح باب قفص فطار الطير منه وضاع
لم يضمن في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يضمن وقال الشافعي
ان طار من فوره ذلك ضمن وان مكث ساعة ثم طار لم يضمن وجه
قول محمد ان فتح باب القفص وقع اتلافا للطير تسبيبا لان
الطيران للطير طبع له فالظاهر انه يطير اذا وجد المخلص وكان
الفتح اتلافا له تسبيبا فيوجب الضمان كما اذا شق زق انسان فيه
دهن مايع فسال وهلك وهذا وجه قول الشافعي ايضا الا انه
يقول اذا مكث ساعة لم يكن الطيران بعد ذلك مضافا الى الفتح بل الى

كر الغصب ولم يضمن صح

اختلطت دراهم الغصب بدراهم نفسه خلط لا يتميز

اختيار

اختياره فلا يجب الضمان وجه قولهما ان الفتح ليس باتلاف مباشرة
ولا تسبيبا اما المباشرة فظاهرة الانتفاء واما التسبيب فلان الطير مختار
في الطيران لانه حي وكل حي له اختيار وكان الطيران مضافا الى اختياره
والفتح سببا محضا فلا حكم له كما اذا حل القيد عن عبد انسان حتى ابق انه
لا ضمان عليه لما قلنا كذا هذا بخلاف شق الزق الذي فيه دهن مايع لان المايع
سيال بطبعه بحيث لا يوجد منه الاستمساك عند عدم المانع الا على نقض
العادة فكان الفتح تسبيبا للتلف فيجب الضمان وعلى هذا الخلاف اذا حل
رباط الدابة او فتح باب الاصطبل حتى خرجت الدابة وضلت وقالوا
اذا حل رباط الزيت انه ان كان ذايبا فسال ضمن وان كان السمن جامدا فذاب
بالشمس وسال لم يضمن لما ذكرنا ان المايع يسيل بطبعه اذا وجد
منفذا بحيث لا يستمسك الا عادة فكان حل الرباط له تسبيبا فيوجب
الضمان بخلاف الجامد لان السيلان طبع المايع لا طبع الجامد وهو
ان صار مايعا لكن لا بصنعه بل بحرارة الشمس فلم يكن التلف مضافا
اليه لا مباشرة ولا تسبيبا فلا يضمن والله اعلم وعلى هذا يخرج ما اذا
غصب صبيا صغيرا حرا من اهله فعقره سبع او نهشته حية او وقع
في بير او من سطح فمات ان على عاقلة الغاصب الدية لوجود الاتلاف
من الغاصب تسبيبا لانه كان محفوظا بيد وليه اذ هو لا يقدر على حفظ
نفسه بنفسه فاذا فوت حفظ الاهل عنه ولم يحفظ بنفسه حتى اصابته
افة فقد ضيعه وكان ذلك منه اتلافا تسبيبا والحر لئن لم يكن مضمونا
بالغصب يكون مضمونا بالاتلاف مباشرة كان او تسبيبا ولو قتله انسان
خطا في يدي الغاصب فلاوليائه ان يتبعوا ايهما شاوا الغاصب او
القاتل اما القاتل فلوجود الاتلاف منه مباشرة واما الغاصب فلوجود
الاتلاف منه تسبيبا لما ذكرنا والتسبيب نزل منزلة المباشرة في وجوب
الضمان كحفر البير على قارعة الطريق والشهادة على القتل حتى لو رجع
شهود القصاص ضمنوا فان اتبعوا القاتل لا يرجع على احد وان اتبعوا
الغاصب فالغاصب يرجع على القاتل لان الغاصب باداء الضمان قام مقام
المستحق في حق ملك الضمان وان تعذر ان يقوم مقامه في حق ملك
المضمون كغاصب المدبر اذا قتل المدبر في يده واختار المالك تضمين
الغاصب يرجع بالضمان على القاتل وان لم يملك نفس المدبر باداء الضمان

كان صح

غصب صبيا فعقره سبع

كذا هذا وكذا لو وقع عليه حائط انسان فالغاصب ضامن ويرجع على عاقلة
صاحب الحائط ان كان تقدم اليه لما قلنا ولو قتله انسان في يدي الغاصب
عمدا فاولياؤه بالخيار ان شاؤا قتلوا القاتل وبرئ الغاصب وان شاؤا
اتبعوا الغاصب بالدية على عاقلته وترجع عاقلة الغاصب في مال
القاتل عمدا ولا يكون لهم القصاص اما ولاية الاقتصاص من القاتل
فلوجود القتل العمد الخالي عن الموانع واما ولاية اتباع الغاصب بالدية
فلوجود الاتلاف منه تسببا على ما بينا فان قتلوا القاتل برئ الغاصب
لانه لا يجمع بين القصاص والدية في نفس واحدة في قتل واحد وان اتبعوا
الغاصب بالدية على عاقلته ترجع عاقلته في مال القاتل ولا يكون لهم ان
يقتصوا من القاتل لان القصاص لم يصر ملكا لهم باداء الضمان اذ هو لا
يحتمل التمليك فلم يقم الغاصب مقام الولي في ملك القصاص فسقط
القصاص وينقلب مالا والمال يحتمل التمليك فجاز ان يقوم الغاصب
مقام الولي في ملك القصاص ولو قتل الصبي انسانا في يدي الغاصب
فرده على الولي وضمن عاقلة الصبي لم يكن لهم ان يرجعوا على الغاصب
بشيء لانه لا سبيل الى ايجاب ضمان الغصب لان الحر غير مضمون بالغصب
ولا سبيل الى ايجاب ضمان الاتلاف لان الغاصب انما يصير متلفا اياه تسببا
بجناية غيره عليه لا بجنايته على غيره ولو قتل الصبي نفسه او اتى على
شيء من نفسه من اليد والرجل وما اشبه ذلك او ركبه الغاصب دابة
فالقى نفسه منها فالغاصب ضامن عند ابي يوسف وعند محمد لا يضمن
وجه قول محمد ان فعله على نفسه هدر فالتحق بالعدم فصار كانه
مات حتف انفه سقطت يده بافة سماوية ولو كان كذلك لا ضمان
عليه كذا هذا والجامع انه لو وجب الضمان لوجب بالغصب والحر غير
مضمون بالغصب ولهذا لو جنى على غيره لا يضمن الغاصب كذا هذا
وجه قول ابي يوسف ان الحر ان لم يكن مضمونا بالغصب فهو
مضمون بالاتلاف مباشرة او تسببا وقد وجد التسبب من
الغاصب حيث ترك حفظه عن اسباب الهلاك ولا فرق بين ان يكون
سبب الهلاك بفعل غيره او بفعل نفسه لانه تارك حفظه عن اسباب
الهلاك في الحالين جميعا وكان متلفا اياه تسببا فيجب الضمان عليه ولا
ولا يرجع الغاصب على عاقلة الصبي بما ضمن لان حكم فعله على نفسه لا يعتبر

فلا يمكن ايجابه على العاقلة والله اعلم ولو غصب مدبرا فمات في يده ضمن
بالاجماع ولو غصب ام ولد فماتت في يده من غير افة لم يضمن عند ابي حنيفة
وقد ذكرنا المسالة في موضعها ولو ماتت في يده بافة على الوجه الذي بينا انه
يضمن في الصبي الحر فان الغاصب يغرم قيمتها حالة في ماله لوجود الاتلاف
منه تسببا وام الولد مضمونة بالاتلاف بلا خلاف ولهذا وجب الضمان
في الصبي الحر ففي ام الولد اولى فصل واما شرائط وجوب هذا
الضمان فمنها ان يكون المتلف مالا فلا يجب الضمان باتلاف الميتة والدم
وجلد الميتة وغير ذلك مما ليس بمال وقد ذكرنا ذلك كله في كتاب
البيوع ومنها ان يكون متقوما فلا يجب الضمان باتلاف الخمر والخنزير
على المسلم سواء كان المتلف مسلما او ذميا لسقوط تقوم الخمر والخنزير
في حق المسلم ولو اتلف مسلم او ذمي على ذمي خمرا او خنزيرا يضمن عندنا
خلافا للشافعي والدلائل مرت في مسائل الغصب ولو اتلف ذمي على ذمي
خمرا او خنزيرا ثم اسلما او اسلم احدهما اما في الخنزير فلا يبرا المتلف عن
الضمان الذي لزمه سواء اسلم الطالب او المطلوب او اسلما جميعا لان
الواجب باتلاف الخنزير القيمة وانها دراهم او دنانير والاسلام لا يمنع
من قبض الدراهم والدنانير واما في الخمر فان اسلما جميعا او اسلم احدهما
وهو الطالب المتلف عليه يبرا ذمة المطلوب وهو المتلف وسقطت
عنه الخمر بالاجماع ولو اسلم المطلوب اولا ثم اسلم الطالب او لم يسلم ففي
قول ابي يوسف وهو روايته عن ابي حنيفة يبرا المطلوب من الخمر ولا
يتحول الى القيمة كما لو اسلم الطالب وعند محمد وزفر وعنبسة القاضي
وهو روايتهم عن ابي حنيفة لا يبرا المطلوب ويتحول ما عليه من الخمر
الى القيمة كما لو كان الاتلاف بعد الاسلام انه يضمن قيمتها للذمي فكذا اذا
اتلف بعد الاسلام وقد ذكرنا المسالة في كتاب البيوع ولو كسر على
انسان بربطا او طبلا يضمن قيمته خشبا منحوتا عند ابي حنيفة وذكر
في المنتقى خشبا الواحا وعند ابي يوسف ومحمد لا يضمن وجه قولهما
ان هذه الة اللهو والفساد فلم يكن متقوما كالخمر ولابي حنيفة انه كما يصلح
للهو والفساد يصلح الانتفاع به من وجه اخر فكان مالا متقوما من
ذلك الوجه وكذلك لو اراق لانسان مسكرا له او منصفا فهو على هذا
الاختلاف والمسالة قد ذكرناها في كتاب البيوع ولو احرق بابا منحوتا عليه

تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش بتماثيل لانه لا قيمة لنقش التماثيل
لان نقشها محظور وان كان صاحبه قطع روس التماثيل ضمن قيمته منقوشا
لانه لا يكون تمثالا بلا راس الا ترى انه ليس بمحظور وكان النقش متقوما
ولو احرق بساطا فيه تماثيل رجال ضمن قيمته مصورا لان التمثال على
البساط ليس بمحظور لان البساط يوطا فكان النقش متقوما ولو هدم بيتا
مصورا ضمن قيمة البيت والصبغ غير مصور لان الصورة على البيت لا قيمة
لها فاما الصبغ فمتقوم ولو قتل جارية مغنية ضمن قيمتها غير مغنية
لان الغنا لا قيمة له لانه محظور هذا اذا كان الغنا زيادة في الجارية فاما
اذا كان نقصانا فيها فانه يضمن قدر قيمتها وعلى هذا يخرج المباحات
التي ليست بمملوكة لاحد انها غير مضمونة بالاتلاف لعدم تقومها
اذ التقوم ينبي عن العزة والخطر ولا يتحقق ذلك الا بالاحراز والاستيلا
واما المباح المملوك فهو مال الحربي فلا يجب الضمان باتلافه ايضا
وان كان متقوما لفقد شرط اخر لنذكره ان شا الله تعالى وان شيت قلت
ومنها ان يكون مملوكا فلا يجب الضمان باتلاف المباحات التي لا يملكها
احد والتخريج على شرط التقوم اصح لان كون الشي مملوكا في نفسه ليس
بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك
اصلا ارض بين شريكين زرعها احدهما فتراضيا على ان يعطي
الذي لم يزرع الزارع نصف البذر ويكون الخارج بينهما فهذا لا يخلو
اما ان كان الزرع نبت واما ان كان لم ينبت فان كان قد نبت جاز لان
هذا بيع الحشيش بالحنطة وانه جايز وان كان لم ينبت لم يجز لانه لا
يدري ما بقي تحت الارض مما تلف مع ان ذلك ليس بمال متقوم فلا يجوز
بيعه فان نبت الزرع وطلب الذي لم يزرع القسمة قسم وامر الذي زرع
ان يقلع ما في نصيب الشريك لان نصيبه مشغول بملكه فيجبر على تفريغه
ونضمنه نقصان الزراعة والله اعلم ومنها ان يكون المتلف من اهل وجوب
الضمان عليه حتى لو اتلفت بهيمة مال انسان لا ضمان على مالكها لان فعل
العجما جبار وكان هدرا ولا اتلاف من مالكها فلا يجب الضمان عليه
ومنها ان يكون في الوجوب فايدة فلا ضمان على المتلف المسلم باتلاف
مال الحربي ولا على الحربي باتلاف مال المسلم في دار الحرب وكذا لا ضمان
على العادل اذا اتلف مال الباغي ولا على الباغي اذا اتلف مال العادل

لانه محظور

لانه

لانه لا فايدة في الوجوب لعدم امكان الوصول الى الضمان لانعدام الولاية فاما
العصمة فليست بشرط لوجوب ضمان المال الا ان الصبي ماخوذ بضمان
الاتلاف وان لم تثبت عصمة المتلف في حقه وكذا يجب الضمان بتناول
مال الانسان حالة المخمصة واباحة التناول وكذا كسر الات الملاهي مباح
وهي مضمونة بالاتلاف عند ابي حنيفة ولا يلزم اذا اتلف مال انسان باذنه
انه لا يجب الضمان لان عدم الوجوب ليس لعدم العصمة بل لعدم الفايدة لانه
لو وجب الضمان عليه لكان له ان يرجع عليه بما ضمن فلا يفيد والله اعلم
وكذلك العلم بكون المتلف ملك غيره ليس بشرط لوجوب الضمان حتى لو اتلف
مالا على ظن انه ملكه ثم تبين انه ملك غيره ضمن لان الاتلاف امر حقيقي لا
يتوقف وجوده على العلم كما في الغصب على ما مر الا انه اذا علم بذلك
يضمن وياثم واذا لم يعلم يضمن ولا ياثم لان الخطا مرفوع المواخذة شرعا
لما ذكرنا في مسايل الغصب والله اعلم واما بيان ما به الضمان الواجب
باتلاف ما سوى بني ادم فالواجب به ما هو الواجب بالغصب وهو ضمان
المثل ان كان المتلف مما له مثل وضمان القيمة ان كان مما لا مثل له لان
ضمان الاتلاف ضمان اعتدا والاعتدا لم يشرع الا بالمثل فعند الامكان
يجب المثل المطلق وهو المثل صورة ومعنى وعند التعذر يجب المثل
معنى وهو القيمة كما في الغصب والله اعلم **كتاب**
السرقة يحتاج لمعرفة مسايل السرقة الى معرفة ركن السرقة
والى معرفة شرايط الركن والى معرفة ما يظهر به السرقة عند القاضي
والى معرفة حكم السرقة **فصل** اما ركن السرقة فهو الاخذ على
سبيل الاستخفا قال الله تعالى الا من استرق السمع سمى اخذ المسموع على
وجه الاستخفا استراقا ولهذا يسمى الاخذ على سبيل المجاهرة مغالبة
او نهبة او خلسة غصبا وانتهابا واختلاسا لا سرقة وروي عن علي
رضي الله عنه انه سيل عن المختلس والمنتهب فقال تلك الدعابة
لا شي فيها وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا قطع على نباش
ولا منتهب ولا خاين ثم الاخذ على وجه الاستخفا نوعان مباشرة
وتسبيب اما المباشرة فهو ان يتولى السارق اخذ المتاع واخراجه
من الحرز بنفسه حتى لو دخل الحرز واخذ منه المتاع فحمله او لم يحمله
حتى ظهر عليه وهو في الحرز قبل ان يخرجه فلا قطع عليه لان الاخذ ثابت

اليد ولا يتم ذلك الا بالاخراج من الحرز ولم يوجد وان رمى به خارج الحرز
ثم ظهر عليه قبل ان يخرج هو من الحرز فلا قطع عليه لان يده ليست ثابتة
عليه عند الخروج من الحرز فان لم يظهر عليه حتى خرج واخذ ما كان
رمى به خارج الحرز يقطع وروي عن زفر انه لا يقطع وجه قوله ان الاخذ
من الحرز لا يتم الا بالاخراج منه والرمي ليس باخراج والاخذ من الخارج ليس
اخذا من الحرز فلا يكون سرقة ولنا ان المال في حكم يده ما لم يثبت
عليه يد غيره فقد وجد منه الاخذ والاخراج من الحرز ولو رمى به الى
صاحب له خارج الحرز فاخذ المرمي اليه فلا قطع على واحد منهما
اما الخارج فلانه لم يوجد منه الاخذ من الحرز واما الداخل فلانه لم
يوجد منه الاخراج من الحرز لثبوت يد الخارج عليه ولو ناول صاحبا
له مناولة من ورا الجدار ولم يخرج هو فلا قطع على واحد منهما عند
ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يقطع الداخل ولا يقطع الخارج
اذا كان الخارج لم يدخل يده الى الحرز وجه قولهما ان الداخل لما ناول
صاحبه فقد اقام يد صاحبه مقام يده فكانه خرج والمال في يده
وجه قول ابي حنيفة على نحو ما ذكرنا في المسلة المتقدمة انه لا سبيل
الى ايجاب القطع على الخارج لانعدام فعل السرقة منه وهو الاخذ
من الحرز ولا سبيل الى ايجابه على الداخل لانعدام ثبوت يده عليه حالة
حالة الخروج من الحرز لثبوت يد صاحبه بخلاف ما اذا رمى به الى
السكة ثم خرج واخذه لانه لم يثبت عليه يد غيره فهو في حكم يده
فكانه خرج به حقيقة وان كان الخارج ادخل يده في الحرز فاخذه من
يد الداخل فلا قطع على واحد منهما في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
اقطعهما جميعا اما عدم وجوب القطع على الداخل على اصل ابي حنيفة
فلعدم الاخراج من الحرز عقيقه انه لو اخرج يده وناول صاحبا له لم
يقطع فعند عدم الاخراج اولى والوجوب عليه على اصل ابي يوسف
لما ذكرنا في المسلة المتقدمة واما الكلام في الخارج فمبني على مسلة اخرى
وهي ان السارق اذا نقب منزلا وادخل يده فيه واخرج المتاع ولم يدخل فيه
هل يقطع ذكر في الاصل وفي الجامع الصغير انه لا يقطع ولم يحك خلافا
وقال ابو يوسف في الاملا اقطع ولا ابالي دخل الحرز او لم يدخل وعلى
هذا الخلاف اذا نقب ودخل وجمع المتاع عند النقب ثم خرج وادخل

بل

يده فدفع وجه قوله ان الركن في السرقة هو الاخذ من الحرز فاما الدخول
في الحرز فليس بركن الا ترى انه لو ادخل يده في الصندوق او في الجوالق
واخرج المتاع يقطع وان لم يوجد الدخول ولهما ما روي عن علي رضي
الله عنه انه قال اذا كان اللص ظريفا لم يقطع قيل وكيف يكون ظريفا
قال يدخل يده الى الدار ويمكنه دخولها ولم ينقل انه انكر عليه منكر
فيكون اجماعا ولان هتك الحرز على سبيل الكمال شرط لانه تكامل
الجناية ولا تتكامل الهتك فيما يتصور فيه الدخول الا بالدخول ولم يوجد
بخلاف الاخذ من الصندوق والجوالق لان هتكهما بالدخول متعذر
فكان الاخذ بادخال اليد فيهما هتكا متكاملا فيقطع ولو اخرج السارق
المتاع من بعض بيوت الدار الى الساحة لا يقطع ما لم يخرج من الدار لان
الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد الا ترى انه اذا قيل لصاحب الدار
احفظ هذه الوديعة في هذا البيت فحفظ في بيت اخر فضاعت لم يضمن
وكذا اذا اذن لانسان في دخول الدار فدخلها فسرق من البيت لا يقطع
وان لم ياذن له بدخول البيت دل ان الدار مع اختلاف بيوتها حرز
واحد فلم يكن الاخراج الى صحن الدار اخراجا من الحرز بل هو نقل من بعض
الحرز الى البعض بمنزلة النقل من زاوية الى زاوية اخرى هذا اذا كانت
الدار مع بيوتها لرجل واحد فاما اذا كان كل منزل فيها لرجل فاخرج
المتاع من البيت الى الساحة يقطع لان كل بيت حرز على حدة فكان
الاخراج منه اخراجا من الحرز وكذلك اذا كان في الدار حجر ومقاصير
فسرق من مقصورة منها وخرج به الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة
منها حرز على حدة فكان الاخراج منها اخراجا من الحرز بمنزلة الدور
واحدة المختلفة في محلة ولو نقب رجلان ودخل احدهما فاستخرج المتاع فلما
خرج به الى السكة حملاه جميعا ينظر ان عرف الداخل منهما بعينه
قطع لانه هو السارق لوجود الاخذ والاخراج منه ويعزر الخارج
لانه اعانة على المعصية وهذه معصية ليس فيها حد مقدر فيعزر وان
لم يعرف الداخل منهما لم يقطع واحد منهما لان من عليه القطع مجهول
ويعزران اما الخارج فلما ذكرنا واما الداخل فلانه ارتكب جناية لم يستوف
الحد فيها لعذر فتعين التعزير ولو نقب بيت رجل ودخل عليه مكابرة
ليلا حتى سرق منه متاعه يقطع لانه وان لم يوجد الاخذ على سبيل الاستخفا

من المالك فقد وجد من الناس لان الغوث لا يلحق بالليل لكونه وقت نوم وغفلة
فتحققت السرقة والله اعلم واما التسبيب فهو ان يدخل جماعة من
اللصوص منزل رجل ويأخذوا امتاعه ويحملوه على ظهر واحد ويخرجوه
من المنزل فالقياس ان لا يقطع الا الحامل خاصة وهو قول زفر وفي
الاستحسان يقطعون جميعا وجه القياس ان ركن السرقة لا يتم الا
بالاخراج من الحرز وذلك وجد منه مباشرة فاما غيره فمعين له والحد
يجب على المباشر لا على المعين كحد الزنا والشرب وجه الاستحسان
ان الاخراج حصل من الكل معنى لان الحامل لا يقدر على الاخراج الا باعانة
الباقين وترصدهم للدفع وكان الاخراج من الكل من حيث المعنى ولهذا
الحق المعين بالمباشر في قطع الطريق وفي الغنيمة كذا هذا ولان
الحامل عامل لهم فكانهم حملوا المتاع على حمار وساقوه حتى اخرجوه
من الحرز ولان السارق لا يسرق وحده عادة بل مع اصحابه ومن عادة
السراق انهم كلهم لا يشتغلون بالجمع والاخراج بل يرصد البعض فلو جعل
ذلك مانعا من وجوب القطع لانسد باب القطع وانفتح باب السرقة
وهذا لا يجوز ولهذا الحقت الاعانة بالمباشرة في باب قطع الطريق كذا
هذا والله اعلم فصل واما الشرايط فانواع بعضها يرجع الى السارق ط — بلغ ط وبعضها يرجع الى المسروق
وبعضها يرجع الى المسروق منه وبعضها يرجع الى المسروق فيه وهو
المكان اما ما يرجع الى السارق فاهلية وجوب القطع وهي بالعقل
والبلوغ فلا يقطع الصبي والمجنون لما روي عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم وعن
المجنون حتى يفيق وعن النايم حتى يستيقظ اخبر ان القلم مرفوع
عنهما وفي ايجاب القطع اجرا القلم عليهما وهذا خلاف النص ولان
القطع عقوبة فيستدعي جناية وفعلهما لا يوصف بالجناية ولهذا
لم يجب عليهما ساير الحدود كذا هذا ويضمنان السرقة لان الجناية
ليست بشرط لوجوب ضمان المال وان كان السارق يجن مرة ويفيق
اخرى فان سرق في حال جنونه لم يقطع وان سرق في حال الافاقة — القطع
قطع ولو سرق جماعة فيهم صبي او مجنون يدرا عنهم الحد في
قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ان كان الصبي او المجنون هو الذي — وزفر
تولى اخراج المتاع درا عنهم جميعا وان كان وليه غيرهما قطعوا

جميعا الا الصبي والمجنون وجه قوله ان الاخراج من الحرز هو الاصل
في السرقة والاعانة كالتابع فاذا وليه الصبي او المجنون فقد اتى
بالاصل فاذا لم يجب القطع بالاصل كيف يجب بالتابع واذا وليه
بالغ عاقل فقد حصل الاصل منه فسقوطه عن التبع لا يوجب سقوطه
عن الاصل وجه قول ابي حنيفة ان السرقة واحدة وقد حصلت — وزفر صح
ممن يجب عليه القطع وممن لا يجب عليه القطع فلا يجب القطع على
احد كالعامد مع الخاطي اذا اشتركا في القطع او في القتل وقوله
الاخراج اصل في السرقة مسلم ولكنه حصل من الكل معنى لاتحاد
الكل في معنى التعاون على ما بينا فيما تقدم فكان اخراج غير الصبي
والمجنون كاخراج الصبي والمجنون ضرورة الاتحاد وعلى هذا
الخلاف اذا كان فيهم ذو رحم محرم من المسروق منه انه لا قطع
على احد عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يدرا عن ذي الرحم المحرم
ويجب على الاجنبي ولا خلاف في انه اذا كان فيهم شريك المسروق
منه انه لا قطع على احد واما الذكورة فليست بشرط لثبوت
الاهلية فتقطع الانثى لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا
ايديهما وكذلك الحرية فيقطع العبد والامة والمدبر والمكاتب
وام الولد لعموم الاية ويستوي الابق وغيره لما قلنا وذكر في الموطا
ان عبدا الله بن عمر رضي الله عنهما سرق وهو ابق فبعث به عبد الله — لعبد صح
الى سعيد بن العاص ليقطع يده فابى سعيد ان يقطع يده وقال لا
يقطع يد الابق اذا سرق فقال له عبد الله في اي كتاب الله وجدت هذا
ان العبد الابق اذا سرق لا تقطع يده وامر به عبد الله فقطعت يده
ولان الذكورة والحرية ليستا من شرايط ساير الحدود فكذا هذا الحد
وكذا اسلام السارق ليس بشرط فيقطع المسلم والكافر لعموم اية
السرقة فصل واما ما يرجع الى المسروق فانواع منها ان يكون — بلغ
مالا مطلقا لا قصور في ماليته ولا شبهة وهو ان يكون مما يتموله الناس
ويعدونه مالا لان ذلك يشعر بعزته وخطره عندهم وما لا يتمولونه
فهو تافه حقير وقد روي عن عايشة رضي الله عنها انها قالت لم تكن
اليد تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشي التافه وهذا
منها بيان شرع متقرر ولان التفاهة تخل بالحرز لان التافه لا يحرز

عادة او لا يعز احراز الخطير والحرز المطلق شرط على ما نذكر وكذا تخلل
بالركن وهو الاخذ على سبيل الاستخفاء لان اخذ التافه مما لا
يستخفى منه فيتمكن الخلل والشبهة في الركن والشبهة في باب الحدود
ملحقة بالحقيقة ويخرج على هذا مسايل اذا سرق صبيا حرا لا يقطع
لان الحر ليس بمال ولو سرق صبيا عبدا لا يتكلم ولا يعقل يقطع في قول
ابي حنيفة وروي عن ابي يوسف انه لا يقطع ووجهه ان العبد ليس
بمال محض بل هو مال من وجه ادمي من وجه وكان محل السرقة من
وجه دون وجه فلا تثبت المحلية بالشك فلا يقطع كالصبي العاقل
ولنا انه مال من كل وجه لوجود معنى المالية فيه على الكمال ولا
يد له على نفسه فيتحقق ركن السرقة فيه كالبهيمة وكونه
ادميا يمنع كونه مالا فهو ادمي من كل وجه ومال من كل وجه لعدم
التنافي فيتعلق القطع بسرقته من حيث انه مال لا من حيث انه ادمي
بخلاف العاقل لانه وان كان مالا من كل وجه لكنه في يد نفسه
فلا يتصور ثبوت يد غيره عليه للتنافي فلا يتحقق فيه ركن
السرقة وهو الاخذ ولو سرق ميتة او دما او جلد ميتة لم يقطع
لانعدام المالية ولا يقطع في التبن والحشيش والقصب والحطب
لان الناس لا يتمولون هذه الاشيا ولا يعتنون بها لعدم عزتها
وقلة خطرها عندهم بل ٢ التراب والطين والجص والنورة واللبن
٢ يعدون الضنة بها من باب الخساسة فكانت تافهة ولا قطع في صر
والاجر والفخار والزجاج لتفاهتها فرق بين التراب وبين الخشب
حيث سوى في التراب بين المعمول منه وغير المعمول وفرق في
الخشب لان الصنعة في الخشب اخرجته عن حد التفاهة والصنعة
في التراب لم تخرجه عن كونه تافها يعرف ذلك بالرجوع الى عرف
الناس وعاداتهم ومن اصحابنا من فصل في الجواب في الزجاج بين
المعمول وغير المعمول كما في الخشب ومنهم من سوى بينهما وهو
الصحيح لان الزجاج بالعمل لم يخرج عن حد التفاهة لانه يتسارع
اليه الكسر بخلاف الخشب ولا يقطع في الخشب الا اذا كان معمولا
بان صنع منه ابوابا او انية او نحو ذلك ما خلا الساج والقنا والابنوس
والصندل لان غير المصنوع من الخشب لا يتمول عادة فكان تافها
وبالصنعة يخرج عن ٢ التفاهة فيتمول واما الساج والابنوس والصندل
٢ حد ح

فاموال لها عزة وخطر عند الناس فكانت اموالا مطلقة واما العاج
فقد ذكر محمد انه لا يقطع الا في المعمول منه ط لانه لا يتمول لتفاهته
ط وقيل هذا الجواب في العاج الذي هو من عظم الجمل فلا يقطع الا في المعمول منها ح
ويقطع في المعمول لخروجه عن حد التفاهة بالصنعة كالخشب المعمول
فاما ما هو من عظم الفيل فلا قطع فيه اصلا سوا كان معمولا او غير
معمول لان الفقها اختلفوا في ماليته حتى حرم بعضهم بيعه والانتفاع
به فاوجب ذلك قصورا في ماليته ولا قطع في قصب النشاب فان
كان اتخذ منه نشابا قطع لما قلنا في الخشب ولا قطع في القرون معمولة
كانت او غير معمولة وقال ابو يوسف ان كانت معمولة وهي تساوي
عشرة دراهم قطع قيل اختلاف ٢ الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع
٢ ان مر
المسلة على قول ابي حنيفة في قرون الميتة لانها ليست بمال مطلق
لاختلاف الفقها في ماليتها وجواب ابي يوسف في قرون المذكي
فلم يوجب القطع في غير المعمول منها لانها من اجزا الحيوان واوجب
في المعمول كما في الخشب المعمول وعن محمد في جلود السباع المذبوحة
انه لا قطع فيها فان جعلت مصلاة او بساطا قطع لان غير المعمول
منها من اجزا الصيد ولا يقطع في الصيد فكذا في اجزايه وبالصنعة
صارت شيا اخر فاشبه الخشب المصنوع وهذا يدل على ان محمدا
رحمه الله لم يعتد بخلاف قول من يقول من الفقها ان جلود السباع
لا تطهر بالذكاة ولا بالدباغ ولا قطع في البوارى لانها تافهة لتفاهة
اصلها وهو القصب ولا قطع في سرقة كلب ولا فهد ولا في سرقة
الملاهي من الطبل والدف والمزمار ونحوها لان هذه الاشيا مما لا
يتمول او في ماليتها قصور الا ترى انه لا ضمان على كاسر الملاهي
عند ابي يوسف ومحمد ولا على قاتل الكلب والفهد عند بعض
الفقها ولو سرق مصحفا او صحيفة فيها حديث او عربية او شعر
فلا قطع وقال ابو يوسف يقطع اذا كان يساوي عشرة دراهم لان
الناس يدخرونها ويعدونها من نفايس الاموال ولنا ان المصحف
يدخر لا للتمول بل للقراة والوقوف على ما يتعلق به مصلحة الدين
والدنيا والعمل به وكذلك صحيفة الحديث وصحايف العربية
والشعر يقصد بها معرفة الامثال والحكم لا التمول واما دفاتر
الحساب ففيها القطع اذا بلغت قيمتها نصابا لان ما فيها لا يصلح مقصودا

بالاخذ فكان المقصود هو قدر البياض من الكاغد وكذلك الدفاتر البيض
اذا بلغت نصابا لما قلنا وعلى هذا يخرج ما قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما
الله ان كل ما يوجد جنسه تافها مباحا في دار الاسلام فلا قطع فيه
لان كل ما كان كذلك فلا عز له ولا خطر فلا يتموله الناس فكان تافها
والاعتماد على معنى التفاهة دون الاباحة لما نذكر وعن ابي حنيفة انه لا
قطع في عفص ولا اهليلج ولا اشنان ولا فحم لان هذه الاشيا مباحة الجنس
في دار الاسلام وهي تافهة وروي عن ابي يوسف انه يقطع في العفص
والاهليلج والادوية اليابسة ولا قطع في طير ولا صيد وحشيا كان
او غيره لان الطير لا يتمول عادة وقد روي عن عثمان وعلي رضي الله
عنهما انهما قالا لا قطع في الطير ولم ينقل عن غيرهما خلاف ذلك
فيكون اجماعا وكذلك ما علم من الجوارح فصار صيودا فلا قطع على سارقه
لانه وان علم فلا يعد مالا وعلى هذا يخرج النباش انه لا يقطع فيما اخذ
من القبور في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يقطع وجه
قوله انه اخذ مالا من حرز مثله فيقطع كما لو اخذ من البيت ولهما ان
الكفن ليس بمال لانه لا يتمول بحال لان الطباع السليمة تنفر عنه
اشد النفار فكان تافها ولين كان مالا ففي ماليته قصور لانه لا
ينتفع به مثل ما ينتفع بلباس الحي والقصور فوق الشبهة ثم الشبهة
تمنع وجوب الحد فالقصور اولى وقد روي عن الزهري رحمه الله انه
قال اخذ نباش في زمن مروان بالمدينة فاجتمع اصحاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم وهم متوافرون انه لا قطع عليه وعلى
هذا يخرج سرقة ما لا يحتمل الادخار ولا يبقى من سنة الى سنة
بل يتسارع اليه الفساد انه لا قطع فيه لان ما لا يحتمل الادخار لا يعد
مالا فلا قطع في سرقة الطعام الرطب والبقول والفواكه الرطبة في
قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يقطع وجه قوله انه مال
منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق فكان مالا
فيقطع كما في ساير الاموال ولهما ان هذه الاشيا مما لا يتمول عادة وان
كانت صالحة للانتفاع بها في الحال لانها لا تحتمل الادخار والامساك
الى زمان حدوث الحوائج في المستقبل فقل خطرها عند الناس فكانت
تافهة ولو سرق تمرا من نخل او شجر اخر معلقا فيه فلا قطع عليه وان كان

عليه

عليه حايط استوثقوا منه واحرزوه او هناك حايط لان ما على راس النخل لا يعد
مالا ولانه ما دام على الشجر لا يستحكم جفافه فيتسارع اليه الفساد وقد
روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا قطع في ثمر ولا كثر قال محمد
الثمر ما كان في الشجر والكثر الجمار فان كان قد جذ الثمر وجعله في جرين
ثم سرق فان كان قد استحكم جفافه قطع لانه صار مالا مطلقا قابلا للا دخار
واليه اشار النبي صلى الله عليه وسلم حيث قال لا قطع في ثمر ولا كثر حتى يؤويه
الجرين فاذا اواه فبلغ ثمن المجن ففيه القطع لانه لا يؤويه الجرين ما لم
يستحكم جفافه عادة فاذا استحكم جفافه لا يتسارع اليه الفساد وكان
مالا مطلقا وكذلك الحنطة اذا كانت في سنبلها فهي بمنزلة الثمر المعلق
في الشجر لان الحنطة ما دامت في السنبل لا تعد مالا ولا يستحكم جفافها ايضا
واما الفاكهة اليابسة التي تبقى من سنة الى سنة فالصحيح من الرواية
عن ابي حنيفة انه يقطع فيها لتمول الناس اياها لقبولها الادخار فانعدم
معنى التفاهة المانعة من وجوب القطع وروي عنه انه سوى بين رطب
الفاكهة ويابسها وليست بصحيحة ولو سرق من الحايط نخلة باصلها
لا يقطع لان اصل النخلة مما لا يتمول وكان تافها وروينا عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال لا قطع في ثمر ولا كثر وقيل في تفسير الكثر انه النخل الصغار ويقطع
في الحنا والوسمة لانه لا يتسارع اليه الفساد فلم تختل معنى المالية ولا قطع
في اللحم الطري والصفيف لانه يتسارع اليه الفساد وكذلك لا قطع في
السمك طريا كان او مالحا لان الناس لا يعدونه مالا لتفاهته ولتسارع
الفساد الى الطري منه ولما انه يوجد جنسه مباحا في دار الاسلام ولا قطع
في اللبن لانه يتسارع اليه الفساد وكان تافها ويقطع في الخل والدبس
لعدم التفاهة الا ترى انه لا يتسارع اليهما الفساد ولا قطع في عصير العنب
ونقيع الزبيب ونبيذ التمر لانه يتسارع اليه الفساد فكان تافها كاللبن
ولا قطع في الطلا وهو المثلث لانه مختلف في اباحته وفي كونه مالا فكان
قاصرا في معنى المالية وكذلك المطبوخ ادنى طبخة من نقيع الزبيب
ونبيذ التمر لاختلاف الفقها في اباحة شربه واما المطبوخ ادنى
طبخة من عصير العنب فلا شك انه لا قطع فيه لانه حرام فلم يكن مالا
ويقطع في الذهب والفضة لانهما من اعز الاموال ولا تفاهة فيهما بوجه
وكذلك الجواهر واللالي لما قلنا وبهذا تبين ان التعويل في هذا الباب

في منع وجوب القطع على معنى التفاهة وعدم المالية لا على اباحة الجنس لان ذلك موجود في الذهب والفضة واللالي والجواهر وغيرها ويقطع فيها ويقطع في الحبوب كلها وفي الادهان والطيب كالعود والمسك وما اشبه ذلك لانعدام معنى التفاهة ويقطع في الكتان والصوف والخز ونحو ذلك ويقطع في جميع الاواني من الصفر والحديد والنحاس والرصاص لما قلنا وكذلك لو سرق النحاس نفسه او الحديد نفسه او الرصاص لعزة هذه الاشيا وخطرها في انفسها كالذهب والفضة ومنها ان يكون متقوما مطلقا فلا يقطع في سرقة الخمر من مسلم مسلما كان السارق او ذميا لانه لا قيمة للخمر في حق المسلم وكذا الذمي اذا سرق من ذمي خمرا او خنزيرا لا يقطع لانه وان كان متقوما عندهم فليس بمتقوم عندنا فلم يكن متقوما على الاطلاق ولا يقطع في المباح الذي ليس بمملوك وان كان مالا لانعدام تقومه والله اعلم ومنها ان يكون مملوكا في نفسه فلا يقطع في ساير المباحات التي لا يملكها احد وان كانت من نفايس الاموال من الذهب والفضة والجواهر المستخرجة من معادنها لعدم المالك وعلى هذا ايضا يخرج النباش على اصل ابي حنيفة ومحمد انه لا يقطع لان الكفن ليس بمملوك لانه لا يخلو اما ان يكون على ملك الميت واما ان يكون على ملك الورثة لا سبيل الى الاول لان الميت ليس من اهل الملك ولا وجه للثاني لان ملك الوارث موخر عن حاجة الميت الى الكفن كما هو موخر عن الدين والوصية فلم يكن مملوكا اصلا ومنها ان لا يكون للسارق فيه ملك ولا تاويل الملك او شبهته لان المملوك او ما فيه تاويل الملك او شبهته لا يحتاج فيه الى مسارقة الاعين فلا يتحقق ركن السرقة وهو الاخذ على سبيل الاستخفا والاستسرار على الاطلاق ولان القطع عقوبة السرقة قال الله تعالى في اية السرقة جزا بما كسبا نكالا من الله فيستدعي كون الفعل جناية محضة واخذ المملوك للسارق لا يقع جناية فلا يوجب القطع اذا عرف هذا فنقول لا قطع على من سرق ما اعاره من انسان او اجره منه لان ملك الرقبة قايم ولا على من سرق رهنه من بيت المرتهن لان ملك العين له وانما الثابت للمرتهن حق الحبس لا غير ولو كان الرهن في يد العدل فسرقه المرتهن او الراهن فلا قطع على واحد منهما اما الراهن فلما ذكرنا انه ملكه فلا يجب القطع باخذه وان منع من الاخذ كما لا يجب الحد عليه بوطيه الجارية

اصلا فالاخذ بتاويل الملك او الشبهة لا يتحقق جناية صح

المرهونة

المرهونة وان منع من الوطي واما المرتهن فلان يد العدل يده من وجه لان منفعة يده عايدة اليه لانه يمسكه لحقه فاشبه يد المودع ولا على من سرق مالا مشتركا بينه وبين المسروق منه لان المسروق ملكهما على الشيوع فكان بعض الماخوذ ملكه ولا يجب القطع باخذه فلا يجب باخذ الباقي لان السرقة سرقة واحدة ولا على من سرق من بيت المال والخمس لان له فيه ملكا وحقا ولو سرق من عبده الماذون فان لم يكن عليه دين فلا قطع لان كسبه خالص ملك المولى وان كان عليه دين يحيط به وبما في يده لا يقطع ايضا اما على اصل ابي يوسف ومحمد فظاهر لان كسبه ملك المولى وعلى اصل ابي حنيفة ان لم يكن ملكه فله فيه ضرب اختصاص يشبه الملك الا ترى انه يملك استخلاصه لنفسه بقضا دينه من مال اخر وكان في معنى الملك ولهذا لو كان الكسب جارية لم يجز له ان يتزوجها فيورث شبهة او نقول اذا لم يملكه المولى ولا الماذون يملكه ايضا لانه عبد مملوك لا يقدر على شي والغرما لا يملكونه ايضا فهذا مال مملوك لا مالك له معين فلا يجب القطع بسرقته كمال بيت المال وكمال الغنيمة ولو سرق من مكاتبه لم يقطع لان كسب مكاتبه ملكه من وجه او فيه شبهة الملك له الا ترى انه لو كان جارية لا يحل له ان يتزوجها والملك من وجه او شبهة الملك يمنع وجوب القطع معا اذ هذا ملك موقوف على المكاتب وعلى مولاه في الحقيقة لانه ان ادى تبين انه كان ملك المولى فتبين انه اخذ مال نفسه وان عجز فرد في الرق تبين انه كان ملك المكاتب وكان الملك موقوفا للحال فيوجب شبهة فلا يجب القطع كاحد المتبايعين اذا سرق ما شرط فيه الخيار ولا قطع على من سرق من ولده لان له في مال ولده تاويل الملك او شبهة الملك لقوله عليه السلام انت ومالك لابيك فظاهر الاضافة اليه بلام التمليك يقتضي ثبوت الملك له من كل وجه الا انه لم يثبت بدليل ولا دليل في الملك من وجه فيثبت او تثبت شبهة الملك وكل ذلك يمنع وجوب القطع لانه يورث شبهة في وجوبه واما السرقة من ساير ذي الرحم المحرم فلا يوجب القطع ايضا لكن لفقد شرط اخر نذكره في موضعه ان شا الله تعالى ولو دخل لص دار رجل فاخذ ثوبا فشقه في الدار نصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم مشقوقا يقطع في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يقطع ولو اخذ شاة فذبحها ثم اخرجها مذبوحة لا يقطع بالاجماع وجه

فوله ان السارق وجد منه سبب ثبوت الملك قبل الاخراج وهو الشق لان
ذلك سبب لوجوب الضمان ووجوب الضمان يوجب ملك المضمون من وقت
وجود السبب على اصل اصحابنا وذلك يمنع وجوب القطع ولهذا لم يقطع اذا
كان المسروق شاة فذبحها ثم اخرجها كذا هذا ولهما ان السرقة تمت في
ملك المسروق منه فيوجب القطع وانما قلنا ذلك لان الثوب المشقوق لا
يزول عن ملكه ما دام مختارا للعين وانما يزول عند اختيار الضمان فقبل الاختيار
كان الثوب على ملكه فصار سارقا ثوبا قيمتها عشرة دراهم فيقطع وهكذا
نقول في الشاة ان السرقة تمت في ملك المسروق منه الا انها تمت في اللحم
ولا قطع في اللحم وقوله وجب الضمان عليه بالشق قلنا قبل الاختيار ممنوع
واذا اختار تضمين السارق وسلم الثوب اليه لا يقطع لانه عند اختيار
الضمان ملكه من حين وجود الشق فيتبين انه اخرج ملك نفسه عن الحرز
فلا قطع عليه وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني انه قال موضوع المسئلة انه
شق الثوب عرضا فاما لو شقه طولا فلا قطع لانه بالشق طولا خرقه خرقا
متفاحشا فيملكه بالضمان وذكر ابن سماعة ان السارق اذا احرق الثوب تحريقا
مستهلكا وقيمته بعد تحريقه عشرة انه لا قطع عليه في قول ابي حنيفة
ومحمد وهذا يويد قول الفقيه ابي جعفر رحمه الله لان التحريق اذا وقع
استهلاكا اوجب استقرار الضمان وذلك يوجب ملك المضمون واذا لم يقع
استهلاكا كان وجوب الضمان فيه موقوفا على اختيار المالك فلا يجب قبل
الاختيار فلا يملك المضمون والله اعلم وعلى هذا يخرج ما اذا سرق عشرة
دراهم من غريم له عليه عشرة انه لا يقطع لانه ملك الماخوذ بنفس الاخذ فصار
قصاصا بحقه فلم يبق في حق هذا المال سارقا فلا يقطع ولو كان المسروق
من خلاف جنس حقه يقطع لانه لا يملكه بنفس الاخذ بل بالاستبدال
والبيع فكان سارقا ملك غيره فيقطع كالاجنبي الا اذا قال اخذته لاجل
حقي على ما نذكره ههنا جنس من المسائل يمكن تخريجها على اصل اخر هو
اولى بالتخريج عليه وسنذكره ان شاء الله تعالى ومنها ان يكون معصوما
ليس للسارق فيه حق الاخذ ولا تاويل الاخذ ولا شبهة التاويل لان القطع
عقوبة محضة فتستدعي جناية محضة واخذ غير المعصوم لا يكون جناية
اصلا وما فيه تاويل الاخذ او شبهة التاويل لا يكون جناية محضة فلا
تناسبه العقوبة المحضة ولان مال ليس بمعصوم يوخذ مجاهرة لا مخافتة

فيتمكن

فيتمكن الخلل في ركن السرقة واذا عرف هذا فنقول وبالله التوفيق لا قطع
في سائر المباحات التي لا يملكها احد ولا في المباح المملوك وهو مال الحربي في
دار الحرب واما مال الحربي المستامن في دار الاسلام فلا قطع فيه استحسا نا
والقياس ان يقطع وجه القياس انه سرق مالا معصوما لان الحربي استفاد
العصمة بالامان بمنزلة الذمي ولهذا كان مضمونا بالاتلاف كمال الذمي وجه
الاستحسان ان هذا مال فيه شبهة الاباحة لان الحربي المستامن من اهل
دار الحرب وانما دخل دار الاسلام ليقضي بعض حوائجه ثم يعود عن قريب
فكونه من اهل دار الحرب يورث شبهة الاباحة [2] في دمه حتى لا يقتل به [2] في ماله ولهذا اورث شبهة الاباحة صح
المومن قصاصا ولانه كان مباحا وانما تثبت العصمة بعارض امان هو على
شرف الزوال فعند الزوال يظهر ان العصمة لم تكن على الاصل المعهود
ان كل عارض على اصل اذا زال يلتحق بالعدم من الاصل كانه لم يكن فيجعل كان
العصمة لم تكن ثابتة بخلاف الذمي لانه من اهل دار الاسلام وقد استفاد
العصمة بامان موبد وكان معصوم الدم والمال عصمة مطلقة ليس فيها شبهة
الاباحة وبخلاف ضمان المال لان الشبهة لا تمنع وجوب ضمان المال لانه حق
العبد وحقوق العباد لا تسقط بالشبهات وكذا لا قطع على الحربي المستا من
في سرقة مال المسلم او الذمي عند ابي حنيفة ومحمد لانه اخذه على اعتقاد
الاباحة ولذا لم يلتزم احكام الاسلام وعند ابي يوسف يقطع والخلاف
فيه كالخلاف في حد الزنا ولا يقطع العادل في سرقة مال الباغي لان ماله ليس
بمعصوم في حقه كنفسه ولا الباغي في سرقة مال العادل لانه اخذه عن
تاويل وتاويله وان كان فاسدا لكن التاويل الفاسد عند انضمام المنعة
اليه ملحق بالتاويل الصحيح في منع وجوب القطع ولهذا الحق به في حق
منع وجوب القصاص والحد والله اعلم وعلى هذا يخرج السرقة من الغريم
وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان كان سرق منه جنس حقه واما
سرق منه خلاف الجنس فان سرق جنس حقه بان سرق منه عشرة وله عليه
عشرة فان كان دينه عليه حالا لا يقطع لان الاخذ مباح له لانه ظفر بجنس
حقه ومن له الحق اذا ظفر بجنس حقه يباح له اخذه فاذا اخذه يصير
مستوفيا حقه وكذا اذا سرق منه اكثر من مقدار حقه لان بعض
الماخوذ حقه على الشيوع ولا قطع فيه فكذا في الباقي كما اذا سرق مالا مشتر كا
وان كان دينه موجلا فالقياس ان يقطع وفي الاستحسان لا يقطع وجه

القياس ان الدين اذا كان موجلا فليس له حق الاخذ قبل حلول الاجل الا ترى ان
للغريم ان يسترده منه فصار كما اذا سرقه اجنبي وجه الاستحسان
ان حق الاخذ ان لم يثبت قبل حل الاجل فان سبب ثبوت حق الاخذ قايم
وهو الدين لان تاثير التاجيل في تاخير المطالبة لا في سقوط الدين فقيام
سبب ثبوته يورث الشبهة وان سرق خلاف جنس حقه بان كان عليه
دراهم فسرق منه دنانير او عروضا قطع هكذا اطلق الكرخي وذكر في
كتاب السرقة انه اذا سرق العروض ثم قال اخذت لاجل حقي لا يقطع
فيحمل مطلق قول الكرخي على المقيد وهو ما اذا سرق ولم يقل اخذت
لاجل حقي لانه اذا لم يقل فقد اخذ مالا ليس له حق اخذه الا ترى انه لا
يصير قصاصا الا بالاستبدال والتراضي ولم يتاول الاخذ ايضا
فكان اخذا بغير حق ولا شبهة الحق وهذا يدل على انه لا يعتد
بخلاف قول من يقول من الفقها ان لصاحب الحق اذا ظفر بخلاف جنس
حقه ان ياخذه لانه قول لم يقل به احد من السلف فلا يعتبر خلافا مورثا
للشبهة واذا قال اخذت لاجل حقي فقد اخذ متاولا لانه اعتبر المعنى
وهو المالية لا الصورة والاموال كلها في معنى المالية متجانسة فكان
اخذا عن تاويل فلا يقطع ولو اخذ صنفا من الدراهم اجود من حقه او
اردى لم يقطع لان الماخوذ من جنس حقه من حيث الاصل وانما خالفه
من حيث الوصف الا ترى انه لو رضي به يصير مستوفيا حقه ولا يكون
مستبدلا حتى يجوز في الصرف والسلم مع ان الاستبدال ببدل
الصرف والسلم لا يجوز واذا كان الماخوذ من جنس حقه من حيث
الاصل تثبت شبهة حق الاخذ فيلحق بالحقيقة في باب الحد كما في
الدين الموجل ولو سرق حليا من فضة وعليه دراهم او حليا من ذهب
وعليه دنانير يقطع لان هذا لا يصير قصاصا من حقه الا بالمراضاة
ويكون ذلك بيعا واستبدالا فاشبه العروض وان كان السارق قد
استهلك العروض والحلي ووجبت عليه قيمته وهو مثل الذي
عليه من العين فانه يقطع ايضا لان المقاصة انما تقع بعد الاستهلاك
فلا يوجب سقوط حق القطع ولو سرق مكاتب او عبد من غريم مولاه
يقطع لانه ليس له حق قبض دين المولى من غير امره فصار كالاجنبي حتى لو كان
المولى وكله بقبض الدين لا يقطع لثبوت حق القبض له بالوكالة فصار

كصاحب

كصاحب الدين ولو سرق من غريم مكاتبه او من غريم عبده الماذون فان لم يكن على
العبد دين لم يقطع لان ذلك ملك مولاه وكان له حق اخذه وان كان عليه دين
قطع لانه ليس له حق اخذه فصار كالاجنبي ولو سرق من غريم ابيه او ولده يقطع
لانه لا حق له فيه ولا في قبضه الا اذا كان غريم ولده الصغير فلا يقطع لان حق القبض
له كما في دين نفسه والله اعلم وعلى هذا ايضا يخرج سرقة المصحف على اصل
ابي حنيفة انه لا قطع فيه لان له تاويل الاخذ اذ الناس يضنون ببذل المصاحف
لقراءة القران عادة واخذه الاخذ متاولا وكذلك سرقة البربط والطبل والمزمار
وجميع الات الملاهي لان اخذها يتاول انه باخذها يمنع المالك عن المعصية ونهيه
عن المنكر وذلك مامور به شرعا وكذلك سرقة شطرنج ذهب او فضة
لما قلنا وكذلك سرقة صليب او صنم من فضة من حرز لانه يتاول انه اخذه
للكسر واما الدراهم التي عليها (التماثيل) فيقطع فيها لانها لا تعبد عادة فلا تاويل له في الاخذ
للمنع من العبادة فيقطع وعلى هذا يخرج ما اذا قطع سارق في مال ثم سرقه
منه سارق اخر انه لا يقطع لان المسروق ليس بمعصوم في حق المسروق منه
ولا متقوم في حقه لسقوط عصمته وتقومه في حقه بالقطع ولان كون يد
المسروق منه يدا صحيحة شرط وجوب القطع ويد السارق ليست
صحيحة لما نذكره ان شا الله تعالى ولو سرق مالا فقطع فيه فرده الى المالك
ثم عاد فسرقه منه ثانيا فجملة الكلام فيه ان المردود لا يخلو اما ان كان على
حاله لم يتغير واما ان احدث المالك فيه ما يوجب تغيره فان كان على حاله لم يقطع
استحسانا والقياس ان يقطع وهو رواية الحسن عن ابي يوسف وبه اخذ الشافعي
اما الكلام مع الشافعي فمبني على ان العصمة الثابتة للمسروق حقا للعبد قد
سقطت عند السرقة السرقة الاولى لضرورة وجوب القطع على اصلنا وعلى
اصله لم تسقط بل بقيت على ما كانت وسنذكر تقرير هذا الاصل في موضعه
ان شا الله تعالى واما الكلام مع ابي يوسف وجه ما روى ان المحل وان
سقطت عصمته الثابتة حقا لمالكه في السرقة الاولى فقد عادت بالرد
الى المالك الا ترى انها عادت في حق الضمان حتى لو اتلفه السارق يضمن
فكذا في حق القطع ولنا ان العصمة وان عادت بالرد لكن مع شبهة العدم
لان السقوط لضرورة وجوب القطع واثر القطع قايم بعد الرد فيورث شبهة
في العصمة ولانه سقط تقوم المسروق في حق السارق بالقطع في السرقة
الاولى الا ترى انه لو اتلفه لا يضمن واثر القطع بعد الرد قايم فيورث شبهة

عدم التقوم في حقه فيمنع وجوب القطع ولا يمنع وجوب الضمان لان الضمان
لا يسقط بالشبهة لما بينا هذا اذا كان المردود على حاله لم يتغير فاما اذا احدث
المالك فيه حدثا يوجب تغيره فاما اذا احدث المالك فيه حدثا يوجب
تغيره عن حاله ثم سرقه السارق الاول فالاصل فيه انه لو فعل فيه ما لو
فعله الغاصب في المغصوب لا وجب انقطاع حق المالك يقطع والا فلا لانه اذا
فعل ذلك فقد تبدلت العين وتصير في حكم عين اخرى واذا لم يفعل لم تتبدل
وعلى هذا يخرج ما اذا سرق غزلا فقطع فيه ورد الى المالك فنسجه ثوبا
فعاد فسرقه انه يقطع لان المسروق قد تبدل الا ترى انه لو كان مغصوبا
لا ينقطع حق المالك ولو سرق ثوب خز فقطع فيه ورد الى المالك
فنقضه فسرق النقض لم يقطع لان العين لم تتبدل الا ترى انه لو فعله
الغاصب لا ينقطع حق المالك ولو نقضه المالك ثم غزله غزلا ثم سرقه السارق
لم يقطع لان هذا لو وجد من الغاصب لا ينقطع حق المغصوب منه فيدل
على تبدل العين ولو سرق بقرة فقطع فيها وردها على المالك فولدت
ولدا ثم سرق الولد يقطع لان الولد عين اخرى لم يقطع فيها فيقطع
بسرقتها وعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل والله اعلم ومنها
ان يكون محرزا مطلقا خاليا عن شبهة العدم مقصودا بالحرز والاصل
في اعتبار شرط الحرز ما روي في الموطا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة جبل فاذا اواه المراح او الجرين فالقطع
فيما بلغ ثمن المجن وروي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لا قطع في ثمر ولا كثر
حتى يؤويه الجرين فاذا اواه الجرين ففيه القطع علق القطع بايواء المراح
والمراح حرز الابل والبقر والغنم والجرين حرز التمر ويدل على ان الحرز
شرط ولان ركن السرقة هو الاخذ على سبيل الاستخفا والاخذ من
غير حرز لا يحتاج الى الاستخفا فلا يتحقق ركن السرقة ولان القطع وجب
لصيانة الاموال على اربابها وقطعا لاطماع السراق عن اموال الناس
والاطماع انما تمتد الى ماله خطر في القلوب وغير المحرز لا خطر له في
القلوب عادة فلا تمتد الاطماع اليه فلا حاجة الى الصيانة بالقطع
ولهذا لم يقطع فيما دون النصاب وما ليس بمال متقوم محتمل الادخار
ثم الحرز نوعان حرز بنفسه وحرز بغيره اما الحرز بنفسه فهو كل
بقعة معدة للاحراز ممنوعة الدخول فيها الا باذن كالدور والحوانيت

والخيم

والفسطاط والخيم والفساطيط والخزائن والصناديق واما الحرز بغيره
فكل مكان غير معد للاحراز يدخل اليه بلا اذن ولا يمنع منه كالمساجد
والطرق وحكمه حكم الصحرا ان لم يكن هناك حافظ وان كان هناك حافظ
فهو حرز ولهذا سمي حرزا بغيره حيث وقف صيرورته حرزا على وجود
غيره وهو الحافظ وما كان حرزا بنفسه لا يشترط فيه وجود الحافظ
لصيرورته حرزا ولو وجد فلا عبرة بوجوده بل وجوده والعدم بمنزلة
واحدة وكل واحد من الحرزين معتبر بنفسه على حياله بدون صاحبه
لان النبي صلى الله عليه وسلم علق القطع بايواء المراح والجرين من غير شرط
وجود الحافظ وروي ان صفوان كان نائما في المسجد متوسدا بردائه فسرقه
سارق من تحت راسه فقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يعتبر الحرز
بنفسه فدل ان كل واحد من نوعي الحرز معتبر بنفسه فاذا سرق من النوع
الاول يقطع سوا كان ثمة حافظ او لا لوجود الاخذ من الحرز وسوا كان
مغلق الباب او لا باب له بعد ان كان محجورا بالبنا لان البنا يقصد به
الاحراز كيف ما كان واذا سرق من النوع الثاني يقطع اذا كان الحافظ قريبا
منه في مكان يمكنه حفظه ويحفظ في مثله المسروق عادة وسوا كان
الحافظ مستيقظا في ذلك المكان او نائما لان الانسان يقصد الحفظ في الحالين
جميعا ولا يمكن الاخذ الا بفعله فيه الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قطع سارق صفوان وصفوان كان نائما ولو اذن لانسان بالدخول ^ فاخذ شيا منها
لم يقطع وان كان فيها حافظ او كان صاحب المنزل نائما عليه لان الدار حرز
بنفسها لا بالحافظ وقد خرجت من ان تكون حرزا بالاذن فلا يعتبر وجود
الحافظ ولانه لما اذن له بالدخول فقد صار في حكم اهل الدار فاذا اخذ
شيا فهو خائن وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا قطع على خائن
وكذلك لو سرق من بعض بيوت الدار المأذون في دخولها وهو مقفل
او من صندوق في الدار او من صندوق في بعض البيوت وهو مقفل عليه اذا
كان البيت من جملة الدار المأذون في دخولها لان الدار الواحدة حرز واحد
وقد خرجت بالاذن له من ان تكون حرزا في حقه فكذلك بيوتها وما روي
ان اسودا بات عند ابي بكر الصديق رضي الله عنه فسرق حليا ^ فيحتمل
ان يكون سرق من دار النسا لا من دار الرجال والداران المختلفان اذا اذن
بالدخول في احداهما لا تصير الاخرى ماذونا بالدخول فيها والمحتمل لا يكون

^ في داره فسرق المأذون له بالدخول م

^ لهم م

حجة وروي عن ابي يوسف انه قال في رجل كان في حمام او خان وثيابه تحت
راسه فسرقها سارق انه لا قطع عليه سوا كان نايما او يقظانا وان كان
في صحرا وثوبه تحت راسه قطع وكذلك روي عن محمد في رجل سرق
من حمام رجل وهو معه في الحمام او سرق من رجل وهو معه في سفينة او
نزل قوم في خان فسرق بعضهم من بعض انه لا قطع على السارق وكذلك
الحانوت لان الحمام والخان والحانوت كل واحد حرز بنفسه فان اذن
للناس في دخوله خرج من ان يكون حرزا فلا يعتبر فيه الحافظ فلا يصير
حرزا بالحافظ ولهذا قالوا اذا سرق من الحمام ليلا يقطع لان الناس لم
يوذنوا بالدخول فيها ليلا فاما الصحرا والمسجد وان كان مادون الدخول
اليه فليس حرزا بنفسه بل بالحافظ ولم يوجد الاذن من الحافظ فلا
يبطل معنى الحرز فيه وقال لو اخذ السارق من المسجد اذا كان ثمة حافظ
يقطع وان لم يخرج من المسجد لان المسجد ليس بحرز بنفسه بل بالحافظ
وكانت ٢ التي فيها الحافظ هي الحرز لا كل المسجد فاذا انفصل منها فقد ٢ البقعة صح
انفصل من الحرز فيقطع فاما الدار فانما صارت حرزا بالبنا فما لم يخرج
منها لم يوجد الانفصال من الحرز وروي عن محمد في رجل سرق في
السوق من حانوت فتحه رب الحانوت وقعد للبيع واذن للناس
بالدخول فيه ٢ فقد اخرج الحانوت من ان يكون حرزا في حقهم وكذلك ٢ انه لم يقطع وكذلك لو سرق منه وهو مغلق على شي لم يقطع لانه لما اذن للناس بالدخول فيه صح
ان اخذ من بيت فيه او صندوق فيه مقفل لان الحانوت كله حرز واحد
كالدار على ما مر وروي عن ابي يوسف انه قال في رجل بارض فلاة ومعه
جوالق وضعه ونام عنده يحفظه فسرق منه رجل شيا او سرق الجوالق
قال اقطعه لان الجوالق بما فيه محرز بالحافظ فيستوي اخذ جميعه
واخذ بعضه وكذلك اذا سرق فسطاطا ملفوفا قد وضعه ونام
عنده يحفظه انه يقطع وان كان مضروبا لم يقطع لانه اذا كان
ملفوفا كان محرزا بالحافظ كالباب المقلوع اذا كان في الدار فسرقه
سارق واذا كان الفسطاط مضروبا كان حرزا بنفسه فاذا سرقه
فقد سرق نفس الحرز ونفس الحرز ليس في الحرز فلا يقطع كسارق باب
الدار ولو كان الجوالق على ظهر دابة فشق الجوالق واخرج المتاع يقطع
لان الجوالق حرز لما فيه وان اخذ الجوالق كما هو لم يقطع لانه اخذ نفس
الحرز وكذلك ان سرق الجمل مع الجوالق لان الحمل لا يوضع على الجمل للحفظ

بل للحمل لان الجمل ليس بحرز وان ركبه صاحبه فلم يكن الجمل حرزا للجوالق
فاذا اخذ الجوالق فقد اخذ نفس الحرز ولو سرق من المراعي بعيرا او بقرة
او شاة لم يقطع سوا كان الراعي معها او لم يكن وان سرق من العطن او
المراح الذي تاوي اليه يقطع اذا كان معها حافظ او ليس معها حافظ غير
ان الباب مغلق فكسر الباب ثم دخل فسرق بقرة فقادها قودا حتى
اخرجها او ساقها سوقا حتى اخرجها او ركبها حتى اخرجها لان المراعي
ليست بحرز للمواشي وان كان الراعي معها لان الحفظ لا يكون مقصودا من
الرعي وان كان قد يحصل به لان المواشي لا تجعل في مراعيها للحفظ
بل للرعي فلم يوجد الاخذ من حرز بخلاف العطن او المراح فان ذلك
يقصد به الحفظ ووضع له فكان حرزا وقال صلى الله عليه وسلم في حريسة
الجبل غرامة مثلها وجلدات نكالا فاذا اواها المراح وبلغت قيمتها ثمن
المجن ففيها القطع والله اعلم ولا يقطع عبد في سرقته من مولاه مكاتبا
كان العبد او مدبرا او تاجرا عليه دين ولا ام ولد سرقت من مال
مولاها لان هولا ماذون لهم بالدخول في بيوت ساداتهم للخدمة فلم
يكن بيت مولاهم حرزا في حقهم وذكر في الموطا ان عبدا لعبد الله بن عمرو
الحضرمي جا الى عمر رضي الله عنه بعبد له فقال اقطع هذا فانه سرق
فقال وما سرقه قال مراة لامراتي ثمنها ستون درهما فقال عمر رضي
رضي الله عنه ارسله ليس عليه قطع خادمكم سرق متاعكم ولم ينقل انه
انكر عليه منكر فيكون اجماعا ولا قطع على خادم قوم سرق متاعهم ولا
على ضيف سرق متاع من اضافه ولا على اجير سرق من موضع اذن له
في دخوله لان الاذن في دخوله اخرج الموضع من ان يكون حرزا في حقه وكذا
الاجير اذا اخذ المتاع المادون له في اخذه من موضع لم يوذن له بالدخول
فيه لم يقطع لان الاذن باخذ المتاع يورث شبهة الدخول في الحرز
ولان الاذن بالاخذ فوق الاذن بالدخول وذا يمنع القطع فهذا اولى ولو
سرق المستاجر من المواجر وكل واحد منهما في منزل على حدة يقطع بلا
خلاف لانه لا شبهة في الحرز واما المواجر اذا سرق من المستاجر
فكذلك يقطع في قول ابي حنيفة وعندهما لا يقطع وجه قولهما ان الحرز
ملك السارق فيورث شبهة في درء الحد لانه يورث شبهة في اباحة
الدخول فيختل الحرز فلا يقطع وجه قول ابي حنيفة ان معنى الحرز لا

تعلق له بالملك اذ هو اسم لمكان يعد للاحراز يمنع الدخول فيه الا بالاذن
وقد وجد لان المواجر ممنوع عن الدخول في منزل المستاجر من غير
اذن فاشبه الاجنبي ولا قطع على من سرق من ذي رحم محرم عندنا سوا
كان بينهما ولاد او لا وقال الشافعي في الوالدين والمولودين كذلك
فاما في غيرهم فيقطع وهو على اختلاف العتق والنفقة وتذكر
المسلة في كتاب العتاق ان شا الله تعالى والصحيح قولنا لان كل واحد
منهما يدخل في منزل صاحبه بغير اذن عادة وذلك دلالة الاذن من
صاحبه فاختل معنى [illegible] الحرز ولان القطع بسبب السرقة فعل يفضي
الى قطع الرحم وذلك حرام والمفضي الى الحرام حرام ولو سرق جماعة فيهم
ذو رحم محرم من المسروق منه لا يقطع واحد منهم عند ابي حنيفة وعند
ابي يوسف لا يقطع ذو الرحم المحرم ويقطع سواه والكلام على نحو الكلام فيما
اذا كان فيهم صبي او مجنون وقد ذكرناه فيما تقدم ولو سرق من ذي
رحم محرم يقطع بالاجماع لان المباسطة بالدخول من غير استيذان غير
ثابتة في هذه القرابة عادة وكذا هذه القرابة لا يجب صيانتها عن
القطيعة ولهذا لم يجب في العتق والنفقة وغير ذلك ومن سرق
من ذي محرم لا رحم له بسبب الرضاع فقد قال ابو حنيفة ومحمد
رحمهما الله يقطع الذي سرق ممن يحرم عليه من الرضاع كائنا من كان
وقال ابو يوسف اذا سرق من امه من الرضاع لا يقطع وجه قوله ان
المباسطة بينهما في الدخول ثابتة عرفا وعادة فان الانسان يدخل في
منزل امه من الرضاع من غير اذن كما يدخل في منزل امه من النسب
بخلاف الاخت من الرضاع ولهما ان الثابت بالرضاع ليس الا الحرمة
المؤبدة وانها لا تمنع وجوب القطع كما لو سرق من ام موطوته ولهذا
يقطع في الاخت من الرضاع ولو سرق من امراة ابيه او من زوج امه
او من حليلة ابنه او من ابن امراته او بنتها او امها ينظر ان سرق
مالهم من منزل من يضاف السارق اليه من ابيه وامه وابنه وامراته
لا يقطع بلا خلاف لانه ماذون بالدخول في منزل هولا فلم يكن
المنزل حرزا في حقه فان سرق من منزل اخر فان كانا فيه لم يقطع
بالاجماع وان كان لكل واحد منهما منزل على حدة اختلف فيه قال ابو
حنيفة لا يقطع وقال ابو يوسف يقطع اذا سرق من غير منزل السارق

او منزل ابيه او ابنه وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي قول محمد
مع قول ابي يوسف وجه قولهما ان المانع هو القرابة ولا قرابة بين
السارق وبين المسروق منه بل كل واحد منهما اجنبي عن صاحبه فلا يمنع
وجوب القطع كما لو سرق من اجنبي اخر وجه قول ابي حنيفة ان في الحرز
شبهة لان حق التزاور ثابت بينه وبين قريبه لان كون المنزل لغير قريبه
لا يقطع حق التزاور وهذا يورث شبهة اباحة الدخول للزيارة فيختل
معنى الحرز ولا قطع على احد الزوجين سرق من مال صاحبه سوا سرق
من البيت الذي هما فيه او من بيت اخر لان كل واحد منهما يدخل في منزل صاحبه
وينتفع بماله عادة وذلك يوجب خللا في الحرز وفي الملك ايضا وهذا عندنا
وقال الشافعي ان سرق من البيت الذي هما فيه لا يقطع وان سرق من بيت
اخر يقطع والمسلة مرت في كتاب الشهادات وكذلك لو سرق احد
الزوجين من عبد صاحبه او امته او مكاتبه او سرق عبد احدهما وامته
ومكاتبه من صاحبه او سرق خادم احدهما من صاحبه لا يقطع لانه ماذون
بالدخول في الحرز ولو سرقت امراة من زوجها او سرق رجل من امراته ثم طلقها
قبل الدخول بها فبانت بغير عدة لم يقطع واحد منهما لان الاخذ حين وجد
لم ينعقد موجبا للقطع لقيام الزوجية فلا ينعقد عند الابانة لان الابانة
طارية والاصل ان لا يعتبر الطاري مقارنا في الحكم لما فيه من مخالفة
الحقيقة الا اذا كان في الاعتبار اسقاط الحد وقت الاعتبار وفي الاعتبار
هاهنا ايجاب الحد فلا يعتبر ولو سرق من مطلقته وهي في العدة او سرقت
مطلقته وهي في العدة لم يقطع واحد منهما سوا كان الطلاق رجعيا او باينا
او ثلاثا لان النكاح في حال قيام العدة قايم من وجه او اثره قايم وهو
العدة وقيام النكاح من كل وجه يمنع القطع فقيامه من وجه او قيام
اثره يورث شبهة ولو سرق رجل من امراة اجنبية ثم تزوجها فهذا
لا يخلو من احد وجهين اما ان تزوجها قبل ان يقضي عليه بالقطع واما
ان تزوجها بعد ما قضي عليه فان تزوجها قبل ان يقضي عليه لم يقطع
بلا خلاف لان هذا مانع طرى على الحد والمانع الطاري في الحدود كالمقارن
لان الحدود تدرا بالشبهات فيصير طريان الزوجية شبهة مانعة
من القطع لقرانها وان تزوجها بعد ما قضي عليه بالقطع لم يقطع عند ابي
حنيفة وقال ابو يوسف يقطع وجه قول ابي يوسف ان الزوجية القا

عند السرقة انما تمنع وجوب القطع باعتبار الشبهة وهي شبهة عدم
الحرز او شبهة الملك فالطارية لو اعتبرت مانعة لكان ذلك اعتبار شبهة
الشبهة وانها ساقطة في باب الحدود ووجه قول ابي حنيفة ان الامضا في
باب الحدود من القضا فكانت الشبهة المعترضة على القضا الا ترى انه لو (على الامضا كالمعترضة)
قذف رجلا بالزنا وقضي عليه بالحد ثم ان المقذوف زنا قبل اقامة الحد
على القاذف سقط الحد عن القاذف وجعل الزنا المعترض على الحد كالموجود
عند القذف ليعلم ان الطارى على الحدود قبل الامضا بمنزلة الموجود قبل
القضا والله اعلم وذكر في الجامع الصغير في الطرار اذا طر الصرة من خارج الكم
انه لا يقطع عند ابي حنيفة فان ادخل يده في الكم فطرها يقطع وقال ابو يوسف
هذا كله سوا ويقطع وعند تفصيل الكلام فيه يرتفع الخلاف ويتفق الجواب
وهو ان الطر لا يخلوا اما ان يكون بالقطع واما ان يكون بحل الرباط والدراهم
لا تخلوا اما ان كانت مصرورة في باطنه فان كان الطر بالقطع والدراهم (على ظاهر الكم واما ان كانت مصرورة)
مصرورة على ظاهر الكم لم يقطع لان الحرز هو الكم والدراهم بعد القطع تقع
على ظاهر الكم فلم يوجد الاخذ من الحرز وعليه يحمل قول ابي حنيفة رحمه الله
وان كانت مصرورة في داخل الكم يقطع لانها بعد القطع تقع في داخل
الكم فكان الطر اخذا من الحرز وهو الكم فيقطع وعليه يحمل قول ابي يوسف
وان كان الطر بحل الرباط ينظر ان كان بحال لو حل الرباط تقع الدراهم
على ظاهر الكم بان كانت العقدة مشدودة من خارج الكم لا يقطع لانه اخذها
من غير حرز وهو تفسير قول ابي حنيفة وان كان اذا حل تقع الدراهم
في داخل الكم وهو محتاج الى ادخال يده في الكم للاخذ يقطع لوجود الاخذ
من الحرز وهو تفسير قول ابي يوسف والله اعلم وعلى هذا الاصل ايضا
يخرج النباش على اصل ابي حنيفة ومحمد انه لا يقطع لان القبر ليس بحرز
بنفسه اصلا اذ لا تحفظ الاموال فيه عادة الا ترى انه لو سرق منه الدراهم
والدنانير لا يقطع ولا حافظ للكفن ليجعل حرزا بالحافظ فلم يكن القبر حرزا
لا بنفسه ولا بغيره او فيه شبهة عدم الحرز لانه ان كان حرز مثله فليس
حرز ساير الاموال فتمكنت الشبهة في كونه حرزا فلا يقطع ثم اختلف
انه يعتبر في كل شي حرز مثله او حرز نوعه قال بعض مشايخنا انه يعتبر
في كل شي حرز مثله كالاصطبل للدابة والحظيرة للشاة حتى لو سرق اللولوة
من هذه المواضع لا يقطع وذكر الكرخي في مختصره عن اصحابنا ان ما كان حرزا

لنوع

لنوع يكون حرزا للانواع كلها وجعلوا سريجة البقال حرزا للجواهر والطحاوي
اعتبر العرف والعادة وقال حرز الشي هو المكان الذي يحفظ فيه عادة
والناس في العادات لا يحرزون الجواهر في الاصطبل والكرخي اعتبر الحقيقة
لان حرز الشي ما يحرز ذلك الشي حقيقة وسريجة البقال تحرز الدراهم
والدنانير والجواهر حقيقة فكانت حرزا لها والله اعلم ومنها ان يكون
نصابا والكلام في هذا الشرط يقع في ثلاث مواضع احدها في اصل النصاب
انه شرط ام لا والثاني في بيان قدره والثالث في بيان صفاته اما الاول
فقد اختلف فيه قال عامة العلما انه شرط فلا قطع فيما دون النصاب
وحكي عن الحسن البصري انه ليس بشرط ويقطع في القليل والكثير وهو
قول الخوارج واحتجوا بظاهر قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا
ايديهما من غير شرط النصاب وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع يده ويسرق البيضة فتقطع يده ومعلوم
ان من الحبال ما لا يساوي دانقا والبيضة لا تساوي حبة ولنا دلالة النص
واجماع الصحابة اما دلالة النص فلان الله تعالى اوجب القطع على السارق
والسارقة والسارق اسم مشتق من معنى وهو السرقة والسرقة اسم للاخذ
على سبيل الاستخفا ومسارقة الاعين وانما تقع الحاجة الى الاستخفا فيما له
خطر والحبة لا خطر لها فلم يكن اخذها سرقة فكان ايجاب القطع على السارق
اشتراطا للنصاب دلالة واما الاجماع فان الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين
(في التقدير) اجمعوا على اعتبار النصاب وانما جرى الاختلاف بينهم في التقدير واختلافهم
اجماع منهم على ان اصل النصاب شرط وبه تبين ان ما رووا من الحديث
غير ثابت او منسوخ او يحمل المذكور على حبل له خطر كحبل السفينة وبيضة
خطيرة كبيضة الحديد توفيقا بين الدلايل والله اعلم واما الكلام في قدر
النصاب فقد اختلف فيه ايضا قال اصحابنا رحمهم الله انه يقدر بعشرة
دراهم فلا قطع في اقل من عشرة وقال مالك وابن ابي ليلى بخمسة وذكر القدوري
عند مالك بثلاثة وقال الشافعي ربع دينار حتى لو سرق ربع دينار
الا حبة وهو مع نقصانه يساوي عشرة لا يقطع عنده وعندنا يقطع ولو
سرق ربع دينار لا يساوي عشرة لم يقطع عندنا وعنده يقطع وقيمة الدينار
عندنا عشرة وعنده اثنا عشر على ما نبين في كتاب الديات ان شا الله تعالى
احتج من اعتبر الخمسة بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تقطع

الخمسة الا بخمسة واحتج الشافعي بما روي عن عايشة رضي الله عنها عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال تقطع يد السارق في ربع دينار فصاعدا وروي عن
عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع في مجن قيمته ثلاثة
دراهم وهي قيمة ربع دينار عنده لان الدينار على اصله يقوم باثني عشر درهما
ولنا ما روي محمد في الكتاب باسناده عن عمرو بن شعيب عن جده عبد الله عن ابيه صح
بن عمرو بن العاص عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان لا يقطع الا في ثمن المجن وهو
يومئذ يساوي عشرة دراهم وفي رواية عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن
جده
في ثمن المجن وهو يومئذ يساوي عشرة دراهم قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم لا قطع فيما دون عشرة دراهم وعن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال لا تقطع اليد الا في دينار او في عشرة دراهم وعن ابن عباس
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يقطع السارق الا في ثمن المجن وكان يقوم
يومئذ بعشرة دراهم وعن ابن ام ايمن انه قال ما قطعت يد على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم الا في ثمن المجن وكان يساوي يومئذ عشرة دراهم وذكر
محمد في الاصل ان عمر رضي الله عنه امر بقطع يد سارق ثوب بلغت قيمته عشرة
دراهم فمر به عثمان رضي الله عنه وقال ان هذا لا يساوي الا ثمانية فدرأ عمر
عنه القطع وعن عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود رضوان الله عليهم مثل
مذهبنا والاصل ان الاجماع انعقد على وجوب القطع في العشرة وفيما دون
العشرة اختلفت الاحاديث فوقع الاحتمال في وجوب القطع فلا يجب مع الاحتمال
واذا عرف ان النصاب شرط وجوب القطع بالسرقة فان وجد ذلك القدر في
اخذ سرقة واحدة قطع لوجود الشرط وهو كمال النصاب وان اختلفت السرقة
لم يقطع لفقد الشرط وهذا مسايل اذا دخل دار الرجل فسرق من بيت فيها درهما علي صح
فاخرجه الى صحنها ثم عاد فاخذ درهما من البيت فاخرجه ثم عاد فاخذ درهما
من البيت فاخرجه فلم يزل يفعل ذلك حتى اخذ عشرة دراهم ثم اخرج العشرة
من الدار قطع لانهن سرقة واحدة لان الدار مع صحنها وبيوتها حرز واحد
فما دام في الدار لم يوجد الاخراج من الحرز فاذا اخرج من الدار جملة فقد وجد
اخراج نصاب من الحرز فيجب القطع ولو كان يخرج في كل مرة من الدار ثم عاد حتى فعل
ذلك عشر مرات لم يقطع لانهن سرقات اذ كل فعل منه اخراج من الحرز وكان
كل فعل منه معتبرا بنفسه وانه سرقة ما دون النصاب فلا يوجب القطع وكذلك

جماعة

جماعة دخلوا دارا واخرجوا من بيت من بيوتها المتاع مرة بعد اخرى الى صحن الدار
ثم اخرجوه من الصحن دفعة واحدة يقطعون اذا كان ما اخرجوا اصاب كل واحد منهم
عشرة دراهم وان تفرق الاخراج يعتبر كل واحد بنفسه لان الاخراج اذا وقع جملة
واحدة فهو سرقة واحدة واذا تفرق فهو سرقات فكان كل واحد معتبرا بنفسه
ولو سرق رجل واحد عشرة دراهم من منزلين مختلفين بان سرق منه تسعة
دراهم من منزل ثم اتى منزلا اخر فسرق منه درهما او تسعة لم يقطع لانهما سرقتان
مختلفتان لان كل واحد من المنزلين حرز بانفراده فهتك احدهما بما دون النصاب
لا يعتبر في هتك الاخر فبقي كل واحد معتبرا بنفسه ولو سرق رجل عشرة
دراهم لعشرة انفس في موضع واحد قطع وان تفرق ملاكها يعتبر في ذلك حال
السارق والسارق واحد فكان النصاب كاملا وانما اعتبر حال السارق دون
المسروق منه لان كمال النصاب شرط وجوب القطع والقطع عليه فيعتبر
جانب من عليه ولا يعتبر جانب المسروق منه لان الحكم لم يجب له بل لله تعالى وان
كان عشرة انفس في دار كل واحد في بيت على حدة فسرق من كل واحد منهم درهما
يقطع اذا اخرج بالجميع من الدار لما ذكرنا ان الدار حرز واحد وقد اخرج منها نصابا
كاملا فكانت السرقة واحدة وان اختلف المسروق منه ولو كانت الدار عظيمة
فيها حجر لكل واحد حجرة فسرق من كل حجرة اقل من عشرة دراهم لم يقطع
لان ذلك سرقات اذ كل حجرة حرز بانفرادها والسرقات اذا اختلفت يعتبر
في كل واحد منها كمال النصاب ولم يوجد ولو سرق عشرة انفس من رجل
واحد عشرة دراهم لم يقطعوا بخلاف الواحد اذا سرق عشرة دراهم من عشرة
انفس انه يقطع اذا كانت الدراهم في حرز واحد لما بينا ان المعتبر جانب السارق
لا جانب المسروق منه وكانت السرقة واحدة فيعتبر كمال النصاب في حق
السارق لا في حق المسروق منه وسوا كانت الدراهم مجتمعة او متفرقة بعد ان كان
الحرز واحدا حتى لو سرق عشرة دراهم متفرقا من كل كيس درهما من عشرة
انفس من منزل واحد يقطع لان الحرز واحد فاذا اخرجها منه فقد خرج بنصاب
كامل من السرقة فيقطع ولو سرق ثوبا قيمته تسعة دراهم فوضعه على باب
الدار ثم دخل فاخذ ثوبا اخر يساوي تسعة دراهم فاخرجه لم يقطع لانه لم
يبلغ الماخوذ في كل واحد منهما نصابا فلا يقطع والله اعلم واما صفات النصاب بلغ
فمنها ان تكون الدراهم المسروقة جيادا حتى لو سرق عشرة زيوفا او نبهرجة
او ستوقة لا يقطع الا ان تكون كثيرة تبلغ قيمتها قيمة عشرة جياد وكذلك المسروق

من غير الدراهم اذا كان لا يبلغ قيمته قيمة عشرة دراهم جيادا لا يقطع لان مطلق اسم الدراهم
في الاحاديث ينصرف الى الجياد ومنها ان يعتبر عشرة دراهم وزن سبعة
كذا في لو الا ان اسم الدراهم عند الاطلاق يقع على ذلك الا ترى انه قدر به نصاب الزكوة
والديات وكذا الناس اجمعوا على هذا في وزن الدراهم ولان هذا اوسط المقادير
لان الدراهم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت صغارا وكبارا فاذا اجمع
كبير وصغير كانا درهمين من وزن سبعة وكان هذا الوزن هو اوسط المقادير
فاعتبر به لقوله عليه السلام خير الامور اوساطها وهل يعتبر ان تكون مضروبة
ذكر الكرخي انه يعتبر عشرة دراهم مضروبة وهكذا روى بشر عن ابي يوسف
وابن سماعة عن محمد حتى لو كان تبرا قيمته عشرة دراهم مضروبة لا يقطع
وروى الحسن عن ابي حنيفة ان السارق اذا سرق عشرة دراهم مما يجوز بين
الناس قطع وهذا يدل على ان كونها مضروبة ليس بشرط بل يقطع في المضروبة
وغيرها اذا كان مما يجوز بين الناس ويروج في معاملاتهم لهما ان تقدير نصاب
السرقات وقع بالدراهم او تقويم المجن ٢ والدراهم اسم للمضروبة والتبر ليس
بمضروب ولا في معنى المضروب في المالية ايضا لانه ينقص عنه في القيمة فاشبه
نقصان الوزن وابو حنيفة رحمه الله اعتبر الجواز والرواج في معاملات الناس
فما جرى به التعامل بين الناس يستوي في نصابه المضروب وغير المضروب
والصحيح والمكسر كما في نصاب الزكاة فما قال ابو حنيفة اقرب الى القياس
وما قالا اقرب الى الاحتياط في باب الحدود ثم كمال النصاب في قيمة المسروق
يعتبر وقت السرقة لا غير ام وقت السرقة والقطع جميعا وفائدة هذا
يظهر فيما اذا كانت قيمة المسروق كاملة وقت السرقة ثم نقصت انه هل
يسقط القطع فجملة الكلام فيه ان نقصان المسروق لا يخلو اما ان كان نقصان
العين بان دخل المسروق عيب او ذهب بعضه واما ان كان نقصان السعر فان
كان نقصان العين يقطع السارق ولا يعتبر كمال النصاب وقت القطع بل وقت
السرقة بلا خلاف لان نقصان عينه هلاك بعضه وهلاك الكل لا يسقط القطع
فهلاك البعض اولى وان كان نقصان السعر ذكر الكرخي انه لا يقطع في ظاهر الرواية
وتعتبر قيمته في الوقتين جميعا وروى عن محمد انه يقطع وهكذا ذكر الطحاوي
انه يعتبر قيمته وقت الاخراج من الحرز وهو قول الشافعي وجه هذه الرواية
ان نقصان السعر دون نقصان العين لان ذلك لا يؤثر في المحل وهذا يؤثر فيه ثم
نقصان العين لم يؤثر في اسقاط القطع فنقصان السعر اولى وجه ظاهر الرواية

على

٢ وقع الدراهم

على ما ذكره الكرخي الفرق بين النقصانين ووجه الفرق بينهما ان نقصان
السعر يورث ٢ نقصان في المسروق وقت السرقة لان العين بحالها فانما تم لم
تتغير وتغير السعر ليس بمضمون على السارق اصلا فيجعل النقصان الطارئ
كالموجود عند السرقة بخلاف نقصان العين لانه يوجب تغير العين اذ
هو هلاك بعض العين وهو مضمون عليه في الجملة فلا يمكن تقدير وجوده
وقت السرقة وكذا اذا سرق في بلد فاخذ في بلد اخر والقيمة فيه انقص
ذكر الكرخي انه لا يقطع حتى تكون القيمة في البلدين جميعا في السعر عشرة
دراهم وعلى رواية الطحاوي يعتبر قيمته وقت السرقة لا غير ومنها ان
يكون المسروق الذي يقطع فيه في الجملة مقصودا بالسرقة لا تبعا لمقصود
لا يتعلق القطع بسرقته في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هذا
ليس بشرط والاصل في هذا ان المقصود بالسرقة اذا كان مما يقطع فيه لو انفرد
وبلغ نصابا بنفسه يقطع بلا خلاف وان لم يبلغ بنفسه نصابا الا بالتابع
يكمل النصاب به فيقطع وكذلك اذا كان كل واحد منهما مقصودا ولا يبلغ
بنفسه نصابا يكمل احدهما بالاخر ويقطع وان كان المقصود بالسرقة مما لا
يقطع فيه لو انفرد لا يقطع وان كان معه غيره ما يبلغ نصابا اذا لم يكن ذلك
الغير مقصودا بالسرقة بل يكون تبعا في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي
يوسف يقطع اذا كان ذلك الغير نصابا كاملا وبيان هذه الجملة في مسائل اذا
سرق اناء من ذهب او فضة فيه شراب او ماء او لبن او ماء ورد او ثريد او
نبيذ او غير ذلك مما لا يقطع فيه لو انفرد لم يقطع عند ابي حنيفة ومحمد وعند
ابي يوسف يقطع وجه قوله ان ما في الاناء اذا كان مما لا يقطع فيه التحق
بالعدم فيعتبر اخذ الاناء على الانفراد فيقطع فيه وجه قولهما ان المقصود
من هذه السرقة ما في الاناء والاناء تابع الا ترى انه لو قصد الاناء بالاخذ لالقى
ما فيه وما في الاناء لا يجب القطع بسرقته فاذا لم يجب القطع بالمقصود لا
يجب بالتابع والى هذا اشار محمد رحمه الله في الكتاب فقال انما انظر
الى ما في جوفه فان كان ما في جوفه لا يقطع فيه لم اقطعه ولو سرق ما في
الاناء في الدار قبل ان يخرج الاناء منها ثم اخرج الاناء فارغا منه قطع لانه لما سرق
ما فيه في الدار علم ان مقصوده هو الاناء والمقصود بالسرقة اذا كان مما يجب
القطع بسرقته وبلغ نصابا يقطع وعلى هذا الخلاف اذا سرق صبيا حرا لا
يعبر عن نفسه وعليه حلي وان كان يعبر عن نفسه لا يقطع بالاجماع لان له -

٢ شبهة م

يدا على نفسه وعلى ما عليه من الحلي فلا يكون اخذه سرقة بل يكون خداعا فلا خداع
يقطع وكذلك ان سرق عبدا صبيا يعبر عن نفسه وعليه حلي او لم يكن لا يقطع
بلا خلاف وان كان لا يعبر عن نفسه يقطع عند ابي حنيفة ومحمد وعند
ابي يوسف لا يقطع بنا على ان سرقة مثل هذا العبد يوجب القطع عندهما
وعنده لا يوجب والمسلة قد مرت ولو سرق كلبا او غيره من السباع في عنقه
طوق لم يقطع وكذلك لو سرق مصحفا مفضضا او مرصعا بيا قوت لم يقطع
عندهما وعند ابي يوسف يقطع لما ذكرنا ولو سرق كوزا قيمته تسعة
دراهم وفيه عسل يساوي درهما يقطع لان المقصود ما فيه من العسل
والكوز تبع فيكمل نصاب الاصل به وكذلك لو سرق حمارا يساوي تسعة
دراهم وعليه اكاف يساوي درهما يقطع لما قلنا ولو سرق عشرة دراهم
من ثوب والثوب لا يساوي عشرة ينظر ان كان ذلك الثوب يصلح وعا
للدراهم بان تشد فيه الدراهم عادة بان كانت خرقة ونحوها يقطع لان
المقصود بالاخذ هو ما فيه وان كان لا يصلح بان كان ثوب كرباس فان كان
تبلغ قيمة الثوب نصابا بان كان يساوي عشره يقطع بلا خلاف لان الثوب
مقصود بنفسه بالسرقة وان كان لا تبلغ نصابا قال ابو حنيفة لا يقطع وذكر
في الاصل ان اللص ان كان يعلم بالدراهم يقطع وان كان لا يعلم لا يقطع وهو احدى
الروايتين عن ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف وروي عن ابي يوسف انه يقطع
علم بها او لم يعلم ووجهه ان العلم بالمسروق ليس بشرط لوجوب القطع بل الشرط
ان يكون نصابا وقد وجد وجه رواية الاصل انه اذا كان يعلم بالدراهم كان
مقصوده بالاخذ الدراهم وقد بلغت نصابا فيقطع واذا كان لا يعلم بها كان
مقصوده الثوب وانه لم يبلغ النصاب فلا يقطع وجه الرواية الاخرى لابي حنيفة
ان مثل هذا الثوب اذا كان مما لا يشد به الدراهم عادة كان مقصودا بنفسه
بالسرقة وانه لم يبلغ نصابا فلم يجب فيه القطع فكذا فيما فيه لانه تابع ~~له تابع~~
له ولو سرق جوالقا او جرابا فيه مال كثير قطع لان المقصود بالسرقة هو
المظروف لا الظرف والمقصود مما يجب القطع بسرقته فيقطع وكذا اذا كان
الثوب لا يساوي عشرة وفيه مال عظيم علم به اللص يقطع لان الثوب يصلح
وعا للمال الكثير ولا يصلح وعا لليسير ففيما يصلح وعا له يعتبر ما فيه لانا نعلم
يقينا ان مقصوده ما فيه وفيما لا يصلح يعتبر نفسه مقصودا بالسرقة وما
فيه تابعا له ولا قطع في المقصود لنقصان النصاب فكذا في التابع لان التبع حكمه

حكم الاصل والله اعلم فصل واما الذي يرجع الى المسروق منه فهو
ان يكون له يد صحيحة وهي يد الملك او يد الامانة كيد المودع والمستعير
والمضارب والمبضع او يد الضمان كيد الغاصب والقابض على سوم الشرا
والمرتهن فيجب القطع على السارق من هولا اما من المالك فلا شك فيه وكذا من يد
امينه لان يد امينه يده فالاخذ منه كالاخذ من المالك واما من الغاصب
فان منفعة يده عايدة الى المالك اذ بها يتمكن من الرد على المالك ليخرج عن
العهدة فكانت يده يد المالك من وجه ولان المغصوب مضمون على الغاصب
وضمان الغصب عندنا ضمان تملك فاشبه يد المشتري والمقبوض على سوم
الشرا مضمون على القابض والمرهون مضمون على المرتهن بالدين فيجب القطع
على السارق منهم وهل يستوفي خصومتهم حال غيبة المالك فيه خلاف
نذكره ان شا الله تعالى ولا يجب القطع على السارق من السارق لان يد السارق
ليست بيد صحيحة اذ ليست بيد ملك ولا يد امانة ولا يد ضمان فصار
الاخذ منه كالاخذ من الطريق وان كان القطع درئ عن الاول قطع الثاني لانه
اذا درئ عنه القطع صارت يده يد ضمان ويد الضمان يد صحيحة كيد الغاصب
ونحوه والله اعلم فصل واما الذي يرجع الى المسروق فيه وهو المكان
فهو ان يكون السرقة في دار العدل فلا يقطع في السرقة في دار الحرب
ودار البغي لانه لا يد للامام على دار الحرب ولا على دار البغي فالسرقة
الموجودة فيهما لا تنعقد سببا لوجوب القطع وبيان هذا في مسايل
التجار والاسارى من اهل الاسلام في دار الحرب اذا سرق بعضهم من بعض
٢ شيا ثم خرجوا الى دار الاسلام فاخذ السارق لا يقطعه الامام لانه لا يد للامام
على دار الحرب فالسرقة فيها لم تنعقد موجبة للقطع فلا يستوفي في
دار الاسلام وكذلك التجار من اهل العدل في معسكر اهل البغي والاسارى في
ايديهم اذا سرق بعضهم من بعض ثم خرجوا الى اهل العدل فاخذ السارق
لم يقطعه الامام لان السرقة وجدت في موضع لا يد للامام عليه فاشبهت
السرقة في دار الحرب وكذلك رجل من اهل البغي جا الى الامام تايبا وقد سرق
من اهل البغي لم يقطعه لما قلنا وكذلك رجل من اهل العدل اغار على معسكر اهل
البغي فسرق منهم لم يقطعه الامام لان السرقة لم تنعقد موجبة للقطع لعدم
ولاية الاستيفا فيه ولانه اخذ عن تاويل لان لاهل العدل ان ياخذوا اموال
عندهم ٣ اهل البغي ويحبسوها حتى يتوبوا فكان في العصمة شبهة العدم وكذلك

الرجل من اهل البغي اذا سرق من معسكر اهل العدل وعاد الى معسكره ثم اخذ بعد
ذلك لم يقطع لانهم يعتقدون اباحة اموالنا ولهم منعة وكان اخذ عن تاويل
فلا يقطع بالسرقة كما لا يضمن بالاتلاف ولو ان رجلا من اهل العدل سرق من
انسان مالا وهو يشهد عليه بالكفر ويستحل دمه وماله يقطع لان مجرد اعتقاد
الاباحة لا عبرة به ولانا لو اعتبرنا ذلك لادى الى سد باب الحد لان كل سارق
لا يعجز عن اظهار ذلك فيسقط القطع عن نفسه وهذا قبيح فما ادى اليه مثله
فصل واما بيان ما تظهر به السرقة عند القاضي فنقول وبالله التوفيق
السرقة الموجبة للقطع عند القاضي تظهر باحد امرين احدهما البينة والثاني
الاقرار اما البينة فتظهر بها السرقة اذا استجمعت شرايطها لانها خبر
يرجح فيه جهة الصدق على جهة الكذب فيظهر المخبر به وشرايط قبول
البينة في باب السرقة بعضها يعم البينات كلها وقد ذكرنا ذلك في كتاب
الشهادات وبعضها يخص ابواب الحدود وهو الذكورة والعدالة والاصالة والقصاص
فلا يقبل فيها شهادة النساء ولا شهادة الفساق ولا الشهادة على الشهادة
لان في شهادة هولاء زيادة شبهة لا ضرورة الى تحملها فيما يحتال لدفعه
ويحتاط لدرئه وكذا عدم تقادم العهد الا في حد القذف والقصاص
حتى لو شهدوا بالسرقة بعد حين لم تقبل ولا يقطع ويضمن المال والاصل
ان التقادم يبطل الشهادة على الحدود الخالصة ولا يبطلها على حد القذف
ولا يبطل الاقرار ايضا والفرق يذكر في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى وانما
ضمن المال لان التقادم انما يمنع من الشهادة على الحدود الخالصة للشبهة
والشبهة تمنع وجوب الحد ولا تمنع وجوب المال وبعضها يخص ابواب
الاموال والمعقوق وهو الخصومة والدعوى ممن له يد صحيحة حتى لو شهدوا
انه سرق من فلان الغايب لم تقبل شهادتهم ما لم يحضر المسروق منه
ويخاصم لما ذكرنا ان كون المسروق ملكا لغير السارق شرط لكون الفعل
سرقة ولا يظهر ذلك الا بالخصومة واذا لم توجد الخصومة لا تقبل
شهادتهم ولكن يحبس السارق لان اخبارهم اورث تهمة ويجوز الحبس
بالتهمة لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وهل
يشترط حضور المولى لقبول البينة القايمة على سرقة عبد مال انسان والعبد
يجحد اختلف فيه قال ابو حنيفة يشترط حتى لو كان مولاه غايبا لم تقبل البينة
وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف وروي عن ابي يوسف رواية اخرى انه لا

يشترط

يشترط ويقضي عليه بالقطع وان كان مولاه غايبا وجه هذه الرواية ان القطع انما
يجب على العبد بالسرقة من حيث انه ادمي مكلف لا من حيث انه مال مملوك للمولى
ومن هذا الوجه المولى اجنبي عنه فلا معنى لاشتراط حضرته كما لا يشترط حضرة
ساير الاجانب ولهذا لو اقر بالسرقة نفذ اقراره ولا يشترط حضرة المولى
كذا هذا وجه قول ابي حنيفة ان هذه البينة تتضمن اتلاف ملك المولى فلا
يقضى بها مع غيبة المولى كالبينة القايمة على ملك شي من رقبة العبد ولان
من الجايز انه لو كان حاضرا لادعى شبهة مانعة من قبول الشهادة والحدود
تدرا ما امكن بخلاف الاقرار لانه بعد ما وقع موجبا للحد لا يملك المولى رده
بوجه فلم يتمكن فيه شبهة ولا تظهر السرقة بالنكول حتى لو ادعى على
رجل سرقة فانكر فاستحلف فنكل لا يقضى عليه بالقطع ويقضى بالمال
لان النكول اما ان يجري مجرى البدل والقطع مما لا يحتمل البدل والاباحة
والمال يحتمل البدل والاباحة واما ان يجري مجرى اقرار فيه شبهة العدم
لكونه اقرارا من طريق السكوت لا صريحا والشبهة تمنع وجوب الحد ولا
تمنع وجوب المال واما الاقرار فتظهر به السرقة الموجبة للقطع ايضا لان
الانسان غير متهم في الاقرار على نفسه بالاضرار بنفسه فتظهر به السرقة
كما تظهر بالبينة وبل اولى لان المرء قد يتهم في حق غيره ما لا يتهم في حق
نفسه وسوا كان الذي اقر بالسرقة عبدا ماذونا او محجورا بعد ان كان من
اهل وجوب القطع عليه وعند زفر لا يقطع باقرار العبد من غير تصديق
المولى وجملة الكلام ان العبد اذا اقر بسرقة عشرة دراهم لا يخلو
اما ان كان ماذونا او محجورا والمال قايم او هالك فان كان ماذونا يقطع ثم
ان كان المال هالكا او مستهلكا لا ضمان عليه سوا صدقه مولاه في اقراره
او كذبه فيه لان القطع مع الضمان لا يجتمعان عندنا وان كان قايما فهو
للمسروق منه وهذا قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يقطع من غير تصديق
المولى والمال للمسروق منه وجه قوله ان اقرار العبد يتضمن اتلاف مال
المولى لان يد العبد مال مولاه فلا يقبل من غير تصديقه ولنا ان العبد
غير متهم في هذا الاقرار لان المولى ان كان يتضرر به فضرر العبد اعظم فلم
يكن متهما في اقراره فيقبل ولانه لا ملك للمولى في يد العبد في حق القطع كما لا
ملك له في نفسه في حق القتل وكان العبد فيه يبقى على اصل الحرية فيقبل
اقراره كالحر ولانه تبين ان اقراره لم يتضمن ابطال حق المولى في حق القطع

لعدم الحق له في حقه وان كان محجورا تقطع يده ثم ان كان المال هالكا او مستهلكا
لا ضمان عليه كذبه مولاه او صدقه وان كان قايما فان صدقه مولاه تقطع يده
والمال للمسروق منه وان كذبه بان قال هذا مالي اختلف فيه اصحابنا الثلاثة
قال ابو حنيفة تقطع يده والمال للمسروق منه وقال ابو يوسف تقطع يده
والمال للمولى ويضمن مثله للمقر له بعد العتق وجه قول محمد ظاهر — ولا ضمان على العبد في الحال ولا بعد العتق وقال محمد لا تقطع يده والمال للمولى صح
لان اقرار المحجور بالمال لا يصح بالمال لا يصح لان ما في يده ملك مولاه ظاهرا
وغالبا واذا لم ينفذ اقراره بالمال يبقى المال على حكم ملك المولى ولا قطع في
مال المولى بخلاف المأذون لان اقراره بالمال جايز واذا جاز اقراره بالمال
لغيره ثبتت السرقة منه فيقطع وجه قول ابي يوسف ان اقراره بالحد
جايز وان كان لا يجوز بالمال اذ ليس من ضرورة جواز اقراره في حق الحد جوازه
في المال الا ترى انه لو قال سرقت هذا المال الذي في يدك زيد من عمرو
يقبل اقراره في القطع ولا يقبل في المال كذا هذا وجه قول ابي حنيفة ان
اقرار العبد بالحد جايز لما ذكرنا في العبد المأذون فلزمه القطع فبعد ذلك
لا يخلو اما ان يقطع في المال المقر به بعينه ويرد المسروق الى المولى واما ان
يقطع في مال بغير عينه لا سبيل الى الاول لان قطع اليد في مال محكوم به
لمولاه لا يجوز ولا يجوز ان يقطع في مال بغير عينه لان الاقرار صادف مالا معينا
فتعين ان يقطع في المال المقر به بعينه ويرد المال الى المسروق منه هذا
اذا كان العبد بالغا عاقلا وقت الاقرار فاما اذا كان صبيا عاقلا فلا قطع
عليه لانه ليس من اهل الخطاب بالشرايع ثم ينظر ان كان مأذونا يصح
اقراره بالمال فان كان قايما يرد عليه وان كان هالكا يضمن وان كان محجورا لا يصح
اقراره الا بتصديق المولى فان كذبه فالمال للمولى ان كان قايما وان كان هالكا
لا ضمان عليه لا في الحال ولا بعد العتاق ولو اقر العبد بسرقة ما دون
العشرة لا يقطع لان النصاب شرط ثم ينظر ان كان مأذونا يصح اقراره ويرد
المال الى المسروق منه وان كان هالكا يضمن سوا كان العبد مخاطبا او لم يكن — ان كان قايما
وان كان محجورا فان صدقه المولى فكذلك وان كذبه فالمال للمولى ويضمن
العبد بعد العتاق ان كان مخاطبا وقت الاقرار وان كان صغيرا لا ضمان عليه
والاصل في جنس هذه المسايل ان كل ما لا يصح اقرار المولى على عبده يصح اقرار العبد
فيه ثم المولى اذا اقر على عبده بالقصاص او حد الزنا او حد القذف او السرقة
او القطع في السرقة لا يصح فاذا اقر العبد بهذه الاشيا يصح واما اذا اقر المولى

على عبده بالجناية فيما دون النفس فيما يجب فيه الدفع او الفدا فانه ينظر ان لم يكن
عليه دين صح لان الجناية فيما دون النفس يسلك فيها مسلك الاموال وكان المولى
اقر عليه بالدين ولو اقر عليه بالدين يصح كذا هذا وان كان عليه دين لا يصح لانه لو
اقر عليه بالدين وعليه دين لا يصح كذا اذا اقر عليه بالجناية والله اعلم وعدم التقادم
في الاقرار ليس بشرط لجوازه فيجوز سوا تقادم عهد السرقة او لا بخلاف البينة
والفرق يذكر في كتاب الحدود ان شا الله تعالى واختلف في العدد في هذا الاقرار
انه هل هو شرط قال ابو حنيفة ومحمد ليس بشرط ويظهر بالاقرار مرة واحدة
وقال ابو يوسف شرط فلا يقطع ما لم يقر مرتين في مكانين والدلايل نذكرها
في كتاب الحدود ان شا الله تعالى وكذا اختلف في دعوى المسروق منه انها هل هي
كونه — شرط كون الاقرار مظهرا للسرقة كما هي شرط البينة مظهرة لها قال ابو حنيفة
ومحمد شرط حتى لو اقر السارق انه سرق مال فلان الغايب لم يقطع ما لم يحضر
المسروق منه ويخاصم عندهما وقال ابو يوسف الدعوى في الاقرار ليست بشرط
ويقطع حال غيبة المسروق منه وجه قول ابي يوسف ان اقراره بالسرقة اقرار
على نفسه والانسان يصدق في الاقرار على نفسه لعدم التهمة ولهذا لو اقر بالزنا
بامراة وهي غايبة قبل اقراره وحد كذا هذا ولهما ما روي ان سمرة قال للنبي صلى
الله عليه وسلم اني سرقت لال فلان فانفذ النبي صلى الله عليه وسلم فسالهم فقالوا انا
ر — فقدنا بعيرا لنا في ليلة كذا فقطعه فلولا ان المطالبة شرط ظهور السرقة بالاقرار
لم يكن ليسالهم بل كان يقطع السارق ولان كل من في يده شي فالظاهر انه ملكه
فاذا اقر به لغيره لم يحكم بزوال ملكه عنه حتى يصدقه المقر له والغايب
يجوز ان يصدقه فيه ويجوز ان يكذبه فيبقى على حكم ملك السارق فلا يقطع ولان
في ظهور السرقة بهذا الاقرار شبهة العدم لاحتمال التكذيب من المسروق منه
فانه يحتمل ان يحضر فيكذبه في اقراره بخلاف الاقرار بالزنا بامراة غايبة انه يحد
المقر وان كان يحتمل ان تحضر المراة فتدعي شبهة لان هناك لو كانت حاضرة
وادعت الشبهة يسقط الحد لاجل الشبهة فلو سقط عند غيبتها لسقط
لشبهة الشبهة وانها غير معتبرة في درء الحد وههنا بخلافه لان المسروق
منه لو كان حاضرا وكذب السارق في اقراره بالسرقة منه لم يقطع لمكان الشبهة
بل لانعدام فعل السرقة فلم يكن في السقوط في حال الغيبة اعتبار شبهة الشبهة
والله اعلم قال محمد رحمه الله لو قال سرقت هذه الدراهم ولا ادري لمن هي او قال
سرقتها ولا اخبرك من صاحبها لا يقطع لان جهالة المسروق منه فوق غيبته ثم

الغيبة لما منعت القطع على اصله فالجهالة اولى ولان الخصومة لما كانت شرطا فاذا
كان المسروق منه مجهولا لم تتحقق الخصومة فلا يقطع واذا عرفنا ان الخصومة
شرط ظهور السرقة الموجبة للقطع بالبينة على الاتفاق او بالاقرار على الاختلاف
فلا بد من بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها فنقول وبالله التوفيق الاصل
ان كل من كان له يد صحيحة يملك الخصومة ومن لا فلا فللمالك ان يخاصم
السارق اذا سرق منه لا شك فيه لان يد الملك يد صحيحة واما المودع
والمستعير والمضارب والمبضع والغاصب والقابض على سوم الشرا والمرتهن
فلا خلاف بين اصحابنا في ان لهم ان يخاصموا السارق وتعتبر خصومتهم في
حق ثبوت ولاية الاسترداد والاعادة الى ايديهم واما في حق القطع فكذلك
عند اصحابنا الثلاثة ويقطع السارق بخصومتهم وعند زفر لا تعتبر خصومتهم
في حق القطع ولا يقطع السارق بخصومة هولا وعند الشافعي لا يعتبر بخصومة
غير المالك اصلا لا في حق القطع ولا في حق ولاية الاسترداد وجه قول
زفر ان يد هولا ليست بيد صحيحة في الاصل اما يد المرتهن فظاهر لانها
يد حفظ الا انه يثبت له ولاية الخصومة لضرورة الاعادة الى يد الحفظ
ليتمكن من التسليم الى المالك وكذلك يد الغاصب والقابض على سوم الشرا
والمرتهن يدهم يد ضمان لا يد خصومة وانما يثبت لهم ولاية الخصومة
لامكان الرد الى المالك وكان ثبوت ولاية الخصومة لهم بطريق الضرورة
والثابت ضرورة يكون عدما فيما وراء محل الضرورة لانعدام علة الثبوت
وهي الضرورة وكانت الخصومة منعدمة في حق القطع ولا قطع بدون
الخصومة ولهذا لا يقطع بخصومة السارق كذا هذا ولنا ان الخصومة شرط
صيرورة البينة حجة مظهرة للسرقة لما بينا ان الفعل لا يتحقق سرقة
ما لم يعلم ان المسروق ملك غير السارق وانما يعلم ذلك بالخصومة وكانت
الخصومة شرط كون البينة مظهرة للسرقة وكونها مظهرة للسرقة
تثبت بخصومة هولا واذا ظهرت السرقة يقطع لقوله تعالى والسارق
والسارقة فاقطعوا ايديهما بخلاف السارق انه لا يقطع بخصومته لان يده
ليست بصحيحة لما نذكر على ان عدم القطع هناك لخلل في ملك المسروق
لما بينا فيما تقدم وها هنا لا خلل في العصمة الا ترى ان هناك لا يقطع بخصومة
المالك وها هنا يقطع ولو حضر المالك وغاب المرتهن هل له ان يخاصم السارق
ويقطعه ذكر في الجامع الصغير ان له ذلك وروى ابن سماعة عن محمد انه

ليس

ليس له ذلك وجه رواية ابن سماعة ان ولاية الخصومة للمسروق منه والمالك
ليس بمسروق منه لان السارق لم يسرق منه وانما سرق من غيره فلم يكن له ولاية
الخصومة وجه رواية الجامع ان الخصومة في باب السرقة انما شرطت ليعلم
ان المسروق ملك غير السارق وهذا يحصل بخصومة المالك فتصح خصومته
كما تصح خصومة المرتهن بل اولى لان يد المرتهن يد نيابة فلما صحت الخصومة
بيد النيابة فبيد الاصالة اولى ولو حضر المغصوب منه وغاب الغاصب
ذكر في الجامع الصغير ان له ان يخاصم ويطالب بالقطع ولم يذكر ابن سماعة في
الغصب خلافا وذكر القدوري انه ينبغي ان يكون الخلاف فيهما واحدا وليس
للراهن ان يخاصم السارق فيقطعه لانه ليس له حق القبض قبل قضا الدين فلا
يملك المطالبة حتى لو قضى الدين له ان يخاصم لانه تثبت له ولاية القبض والكاكه
قال القدوري وعلى قياس رواية ابن سماعة لا يثبت للراهن ولاية المطالبة مع
غيبة المرتهن كما في المودع بل اولى لان يد المرتهن اقوى من يد المودع لان يد
المرتهن لنفسه ويد المودع لغيره ولو هلك الرهن في يد السارق كان للمرتهن
ان يقطعه ولا سبيل للراهن عليه لان المرتهن كان له ولاية القطع قبل الهلاك
وهلاك المحل لا يسقط القطع فتثبت الولاية فاما الراهن فلم يبق له حق في
المرهون الا ترى انه سقط عنه الدين بهلاكه فلا تثبت له ولاية المطالبة
واما السارق فلا يملك الخصومة لان يده ليست بمضمونة لانها ليست بيد ملك
ولا يد ضمان ولا يد امانة فصار الاخذ من يده كالاخذ من الطريق فلم يكن له ان
يخاصم الثاني بالقطع ولا للمالك ايضا ولاية المخاصمة لان اخذ المال من اليد
الصحيحة شرط وجوب القطع ولم يوجد فلا يجب القطع فلا تثبت ولاية
المطالبة وهل للسارق الاول ان يطالب الثاني برد المسروق الى يده ثم لو
منه روايتان في رواية له ذلك وفي رواية ليس له ذلك وجه الرواية
الاولى على نحو ما بينا ان المسروق منه لما لم يكن له يد صحيحة صار الاخذ
منه كالاخذ من الطريق سوا وجه الرواية الثانية انه من الجائز ان يختار المالك
الضمان ويترك القطع فيحتاج الى ان يسترده من يده فيدفع اليه فيتخلص عن
الضمان كما في الغصب ونحوه على ما مر وذكر القدوري انه يجوز ان يقال ما لم
يقطع فله ذلك واما بعد القطع فليس له ذلك لان قبل القطع يحتمل اختيار الضمان
وبعد لا تحتمل ويجوز ان يقال له ذلك بعد القطع ايضا لان الضمان ان لم
يجب عليه في القضا فهو واجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى فيحتاج الى الاسترداد

ليتخلص عن الضمان الواجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى ولا تظهر السرقة الموجبة
للقطع بعلم القاضي سوا استفاده قبل زمان القضا او في زمان القضا لما ذكرنا
في كتاب ادب القاضي والله اعلم فصل واما حكم السرقة فنقول وبالله — بلغ
التوفيق للسرقة حكمان احدهما يتعلق بالنفس والاخر يتعلق بالمال اما
الذي يتعلق ~~بالمطر~~ بالنفس فالقطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا
ايديهما ولما روينا من الاخبار وعليه اجماع الامة والكلام في هذا الحكم في مواضع
في بيان صفات هذا الحكم وفي بيان من يقيمه وفي بيان ما يسقطه بعد — وفي بيان محل اقامته
ثبوته وفي بيان حكم السقوط بعد الثبوت او عدم الثبوت اصلا لمانع من
الشبهة اما صفات هذا الحكم فانواع منها ان ينفي وجوب ضمان المسروق عندنا
فلا يجب الضمان والقطع في سرقة واحدة ولقب المسلة ان الضمان والقطع
هل يجتمعان في سرقة واحدة عندنا لا يجتمعان حتى لو هلك المسروق في يد
السارق بعد القطع او قبله لا ضمان عليه وعند الشافعي يجتمعان فيقطع ويضمن
ما استهلكه وجه قوله انه وجد من السارق سبب وجوب القطع والضمان
فيجبان جميعا وانما قلنا ذلك لانه وجد منه السرقة وانها سبب لوجوب
القطع والضمان لانها جناية على حقين حق الله تعالى وحق المسروق منه اما
الجناية على حق الله تعالى فهتك حرمة حفظ الله تعالى اذ المال حال غيبة المالك
محفوظ بحفظ الله تعالى واما الجناية على حق العبد فباتلاف ماله وكانت
الجناية على حقين وكانت مضمونة بضمانين فيجب ضمان القطع من حيث انها
جناية على حق الله تعالى وضمان المال من حيث انها جناية على حق العبد
كمن شرب خمر الذمي انه يجب عليه الحد حقا لله تعالى والضمان حقا للعبد
وكذا قتل الخطا يوجب الكفارة حقا لله تعالى والدية حقا للعبد كذا هذا
والدليل عليه ان المسروق لو كان قايما يجب رده الى المالك فدل انه بقي
معصوما حقا للمالك ولنا الكتاب والسنة والمعقول اما الكتاب
فقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا والاستدلال
بالاية من وجهين احدهما ان الله تعالى سمى القطع جزاء والجزاء ينبي عن الكفاية
فلو ضم اليه الضمان لم يكن القطع كافيا فلم يكن جزاء تعالى الله تعالى عن الخلف
في الخبر والثاني انه جعل القطع كل الجزاء لانه ذكره ولم يذكر غيره فلو اوجبنا
الضمان لصار القطع بعض الجزاء فيكون نسخا لنص الكتاب واما السنة فما
روي عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اذا قطع

السارق

السارق فلا غرم عليه والغرم في اللغة ما يلزم اداوه وهذا نص في الباب واما
المعقول فمن وجهين احدهما بنا والاخر ابتدا اما وجه البنا فهو ان المضمونات
عندنا تملك عند اداء الضمان او اختياره من وقت الاخذ فلو ضمنا السارق قيمة
المسروق او مثله لملك المسروق من وقت الاخذ فتبين انه قطع في ملك
نفسه وذلك لا يجوز واما وجه الابتدا فما قاله بعض مشايخنا وهو ان الضمان
انما يجب باخذ مال معصوم ثبتت عصمته حقا للمالك لان الضمان يجب ان يكون — م مال معصوم ثبتت عصمته حقاً للمالك م
المضمون بهذه الصفة ليكون اعتدا بالمثل في ضمان العدوانات والمضمون حالة
السرقة خرج من ان يكون معصوما حقا للمالك بدلالة وجوب القطع ولو بقي معصوما
حقا للمالك لما وجب اذ الثابت حقا للعبد يثبت لدفع حاجته وحاجة السارق
كحاجة المسروق منه فيتمكن فيه شبهة الاباحة وانها تمنع وجوب القطع والقطع
واجب فينتفي الضمان ضرورة الا انه وجب رد المسروق حال قيامه لان وجوب
الرد يقف على الملك لا على العصمة الا ترى ان من غصب خمر مسلم يومر بالرد اليه لقيام
ملكه فيها ولو هلكت في يد الغاصب لا ضمان عليه لعدم العصمة فلم يكن من ضرورة
سقوط العصمة الثابتة حقا للعبد زوال ملكه عن المحل وهاهنا الملك قايم فيومر
بالرد اليه والعصمة زايلة فلا يكون مضمونا بالهلاك ويخرج على هذا الاصل مسايل
اذا استهلك السارق المسروق بعد القطع لا يضمن في ظاهر الرواية وروى الحسن — م ملكه م
عن ابي حنيفة انه يضمن وجه هذه الرواية ان المسروق بعد القطع على المسروق
منه الا ترى انه يجب رده على المالك وقبض السارق ليس بقبض مضمون فكان
المسروق في يده بمنزلة الامانة فاذا استهلكه ضمن وجه ظاهر الرواية ان
عصمة المحل الثابتة حقا للمالك قد سقطت في حق السارق لضرورة امكان
ايجاب القطع فلا يعود الا بالرد الى المالك فلم يكن معصوما قبله فلا يكون مضمونا
ولو استهلكه رجل اخر يضمنه لان العصمة انما سقطت في حق السارق لا في حق غيره
فيضمن ولو سقط القطع بشبهة ضمن لان المانع من الضمان هو القطع وقد
زال المانع ولو باع السارق المسروق من انسان او ملكه منه بوجه من — باع السارق المسروق
الوجوه فان كان قايما فلصاحبه ان ياخذه لانه عين ملكه وللماخوذ منه ان
يرجع على السارق بالثمن الذي دفعه لان الرجوع بالثمن لا يوجب ضمانا على
السارق في عين المسروق لانه يرجع عليه بثمن المسروق لا بقيمته ليوجب
ذلك ملك المسروق للسارق وان كان هلك في يده فلا ضمان على السارق ولا على
القابض هكذا روى عن ابي يوسف اما السارق فلان القطع ينفي الضمان واما

المشتري فلانه لو ضمنه المالك كان له ان يرجع بالضمان على السارق فيصير كان
المالك ضمن السارق وقطعه ينفي الضمان عنه وان كان استهلكه القابض
كان للمالك ان يضمنه القيمة لانه قبض ماله بغير اذنه وهلك في يده وللمشتري
ان يرجع على السارق بالثمن لان الرجوع بالثمن ليس بتضمين ولو اغتصبه انسان
من السارق فهلك في يده بعد القطع فلا ضمان للسارق ولا للمسروق منه اما
السارق فلانه ليس بمالك واما المالك فلان العصمة الثابتة حقا له قد بطلت
قال القدوري وكان للمولى ان يضمن الغاصب لانه لو ضمن لا يرجع بالضمان على
السارق وعلى هذا يخرج ما اذا سرق ثوبا فخرقه في الدار خرقا فاحشا ثم اخرجه
وهو يساوي عشرة دراهم لا يقطع لان الخرق الفاحش سبب لوجوب الضمان ولانه
يوجب ملك المضمون وذلك يمنع القطع وان خرقه عرضا فقد مر الاختلاف فيه
ومنها ان يجري فيه التداخل حتى لو سرق سرقات فرفع فيها كلها فقطع او رفع
في بعضها فقطع فيما رفع فالقطع للسرقات كلها ولا يقطع في شي منها بعد ذلك
لان اسباب الحدود اذا اجتمعت وانها من جنس واحد يكتفى فيها بحد واحد
كما في الزنا وهذا لان المقصود من اقامة الحدود هو الزجر والردع وذلك يحصل باقامة
الواحد وكان في اقامة الثاني والثالث شبهة عدم الفائدة فلا يقام ولهذا اكتفي
في باب الزنا بالاقامة لواحد كذا هذا ولان محل الاقامة قد فات اذ محلها اليد
اليمنى لان كل سرقة وجدت ما اوجبت الا قطع اليد اليمنى فاذا قطعت في واحدة
منها فقد فات محل الاقامة وصار كما لو ذهبت اليد اليمنى بآفة سماوية واما
حكم الضمان فلا خلاف بين اصحابنا في انه اذا حضر اصحاب السرقات وخاصموا
فيها فقطع بمخاصمتهم انه لا ضمان على السارق في السرقات كلها لان مخاصمة المسروق
منه بالقطع بمنزلة الابراء عن الضمان عندنا فاذا خاصموا جميعا فكانهم ابروا
واما اذا خاصم واحد في سرقة فقطع فلا ضمان على السارق فيما خوصم باجماع
بين اصحابنا واما فيما لم يخاصم فيه فقد اختلفوا قال ابو حنيفة لا ضمان عليه
في شي من السرقات خاصموا او لم يخاصموا وقال ابو يوسف ومحمد يضمن
في السرقات كلها الا فيما خوصم وجه قولهما ان المسروق منه مخير بين ان
يدعي المال ليستوفي حقه وهو الضمان وبين ان يدعي السرقة ليستوفي
حق الله تعالى وهو القطع ولا ضمان له وكان سقوط الضمان مبنيا على دعوى
دعوى السرقة والخصومة فيها فمن خاصم منهم فقد وجد منه ما يوجب
سقوط الضمان ومن لم يخاصم لم يوجد منه المسقط فبقي حقه في الضمان

كما كان ولابي حنيفة رحمه الله ان النافي للضمان هو القطع والقطع وقع للسرقات
كلها فينتفي الضمان في السرقات كلها هذا اذا كان المسروق هالكا اما اذا كان
قائما رد كل مسروق الى صاحبه لان القطع ينفي الضمان لا الرد ومنها انه لا
يحتمل العفو حتى لو امر الامام بقطع السارق فعفا عنه المسروق منه كان عفوه باطلا
لان صحة العفو تعتمد كون المعفو عنه حقا للعافي والقطع خالص حق الله تعالى
لا حق للعبد فيه فلا يصح عفوه والله اعلم واما محل اقامة هذا الحكم فالكلام
فيه في موضعين احدهما في بيان اصل المحل ومراعاة الترتيب فيه والثاني
في بيان موضع اقامة الحكم منه اما الاول فاصل المحل عند اصحابنا طرفان فقط
وهما اليد اليمنى والرجل اليسرى فتقطع اليد اليمنى في السرقة الاولى وتقطع
الرجل اليسرى في السرقة الثانية ولا يقطع بعد ذلك اصلا ولكنه يضمن
السرقة ويعزر ويحبس حتى يحدث توبة عندنا وعند الشافعي الاطراف
الاربعة محل القطع على الترتيب فتقطع اليد اليمنى في المرة الاولى وتقطع الرجل
اليسرى في المرة الثانية وتقطع اليد اليسرى في المرة الثالثة وتقطع الرجل
اليمنى في المرة الرابعة احتج الشافعي بقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا
ايديهما والايدي اسم جمع والاثنان فما فوقهما جماعة على لسان رسول الله صلى
الله عليه وسلم وقال الله تعالى ان تتوبا الى الله فقد صغت قلوبكما وان لم يكن
لكل واحد الا قلب واحد الا ان الترتيب في قطع الايدي ثبت بدليل اخر وهذا
لا يخرج اليد اليسرى ان تكون محلا للقطع في الجملة وروي ان ابا بكر رضي الله عنه
قطع سارق حلي اسما وكان اقطع اليد والرجل ولنا ما روي ان عليا رضي الله
عنه اتي بسارق فقطع يده ثم اتي به الثانية قد سرق فقطع رجله ثم اتي به
الثالثة قد سرق فقال لا اقطعه ان قطعت يده باي شي ياكل باي شي يتمسح
وان قطعت رجله باي شي يمشي اني لاستحيي من الله تعالى فضربه وحبسه وروي   بخشبة صح
ان عمر رضي الله عنه اتي بسارق اقطع اليد والرجل قد سرق يقال له سدوم
فاراد ان يقطعه فقال له علي رضي الله عنه انما عليه قطع يد ورجل فحبسه عمر ولم
يقطعه فعمر وعلي رضي الله عنهما لم يزيدا في القطع على قطع اليد اليمنى والرجل
اليسرى وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليهما
منكر فيكون اجماعا من الصحابة ولنا ايضا دلالة الاجماع والمعقول اما دلالة
الاجماع فهي انا اجمعنا على ان اليد اليمنى اذا كانت مقطوعة لا يعدل الى اليد
اليسرى ولو كان لليد اليسرى مدخلا في القطع لكان لا يعدل الا اليها لانها منصوص   بل الى الرجل اليسرى صح

عليها ولا يعدل عن المنصوص عليه الى غيره فدل العدول الى الرجل اليسرى لا اليها
على انه لا مدخل لها في القطع بالسرقة اصلا وهذا النوع من الاستدلال ذكره الكرخي
واما المعقول فهو ان في قطع اليد اليسرى تفويت منفعة من منافع النفس اصلا
وهي منفعة البطش لانها تفوت بقطع اليد اليسرى بعد قطع اليد اليمنى فتصير
النفس في حق هذه المنفعة هالكة وكان قطع اليد اليسرى اهلاك النفس من
وجه وكذا قطع الرجل اليمنى بعد قطع الرجل اليسرى تفويت منفعة المشي
لان منفعة المشي تفوت بالكلية وكان قطع الرجل اليمنى اهلاك النفس من وجه
واهلاك النفس من كل وجه لا يصلح حدا في السرقة كذا اهلاك النفس من وجه
لان الثابت من وجه ملحق بالثابت من كل وجه في الحدود احتياطا ولا حجة
له في الاية لان عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قرا فاقطعوا ايمانهما ولا يظن بمثله
ان يقرا ذلك من تلقاء نفسه بل سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجت قراته
مخرج التفسير لمبهم الكتاب وهكذا روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما في
قوله فاقطعوا ايديهما انه قال ايمانهما وهكذا روي عن الحسن وابراهيم واما
حديث الاقطع فقد روى الزهري في الموطا عن عايشة رضي الله عنها انها قالت
انما كان الذي سرق حلي اسما اقطع اليد اليمنى فقطع ابو بكر رجله اليسرى
وكانت تنكر ان يكون اقطع اليد والرجل ثم انما تقطع اليد اليمنى في الكرة الاولى
اذا كانت اليد اليسرى صحيحة يمكنه ان ينتفع بها بعد قطع اليد اليمنى والرجل
اليمنى صحيحة يمكنه ان ينتفع بها فان كانت اليد اليسرى مقطوعة او شلا
او مقطوعة الابهام او اصبعين سوى الابهام لا تقطع اليد اليمنى لان القطع في
السرقة شرع زاجرا لا مهلكا فاذا لم تكن اليد اليسرى بحال الانتفاع بها فقطع
اليد اليمنى يقع تفويتا لجنس المنفعة وهي منفعة البطش اصلا فيقع اهلاكا
للنفس من وجه فلا تقطع ولا تقطع رجله اليسرى ايضا لانه يذهب احد
الشقين على الكمال فيهلك النفس من وجه ولو كانت اليد اليسرى مقطوعة
اصبع واحدة سوى الابهام تقطع يده اليمنى لان القطع لا يتضمن ~~لان القطع لا~~
~~يتضمن~~ فوات جنس المنفعة وكذا ان كانت الرجل اليمنى مقطوعة او شلا او
بها عرج يمنع المشي عليها لا تقطع اليد اليمنى لما فيه من فوات الشق والرجله
اليسرى وان كانت صحيحة لانه يبقى بلا رجلين فيفوت جنس المنفعة ولو
كانت رجله اليمنى مقطوعة الاصابع كلها فان كان يستطيع القيام والمشي عليها
تقطع يده اليمنى لان الجنس لا يفوت وان كان لا يستطيع لا تقطع لفوات الشق

ولو

جنس م

في

بعد قطع الرجل اليمنى م

ولو كانت يداه صحيحتين ولكن رجله اليسرى مقطوعة او شلا او مقطوعة الابهام
او الاصابع تقطع يده اليمنى لان جنس المنفعة لا يفوت ولا فيه فوات الشق
ايضا ولو سرق ويمناه شلا او مقطوعة الابهام او الاصابع تقطع لقوله
تعالى فاقطعوا ايديهما اي ايمانهما من غير فصل بين يمين ويمين ولانها
لو كانت سليمة تقطع فالناقصة المعيبة اولى بالقطع ثم فرق بين القطع في
السرقة وبين الاعتاق في الكفارة حيث جعل فوات اصبعين سوى الابهام
من اليد اليسرى نقصانا مانعا من قطع اليد اليمنى ولم يجعل فوات اصبعين
نقصانا مانعا من جواز الاعتاق ما لم يكن ثلاثا ووجه الفرق ان القطع حد
فهذا القدر من النقصان يورث شبهة بخلاف العتق والله اعلم ولو قال
الحاكم للحداد اقطع يد السارق فقطع اليد اليسرى فهذا على وجهين اما
ان قال له اقطع يده مطلقا واما ان قيد فقال اقطع يده اليمنى فان اطلق
فقال له اقطع يده فقطع اليسرى لا ضمان عليه بالحال لانه فعل ما امر به
حيث امره بقطع اليد وقد قطع اليد وان قيد فقال اقطع يده اليمنى فقطع
اليسرى فان اخرج السارق يده وقال هذا هو اليمنى فلا ضمان عليه ايضا
لانه قطع بامره فلا يضمن كمن قال لاخر اقطع يدي فقطعه لا ضمان عليه
كذا هذا وان لم يخرج السارق يده ولم يقل ذلك ولكنه قطع اليسرى خطا
لا ضمان عليه عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر يضمن لان الخطا في حقوق
العباد ليس بعذر ولنا ان هذا خطا من ~~المجتهد~~ في الاجتهاد لانه اقام
اليسار مقام اليمين باجتهاده متمسكا بظاهر قوله تعالى فاقطعوا ايديهما
من غير فصل بين اليمين واليسار وكان هذا خطا من المجتهد في الاجتهاد
وانه موضوع وموضوع المسالة في هذا الخطا لا فيما اذا اخطا فظن اليسار
يمينا مع اعتقاد وجوب قطع اليمين مع ما ان عند ابي حنيفة لا يضمن هناك
ايضا على ما نبين وان قطع اليسرى عمدا لا ضمان عليه ايضا عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف ومحمد يضمن لهما انه اتلف واخلف خيرا مما اتلف فلا يضمن
كرجلين شهدا على رجل ببيع عبد قيمته الف بالفين ثم رجعا انهما لا يضمنان
لما قلنا كذا هذا وانما قلنا انه اخلف خيرا مما اتلف لانه لما قطع اليسرى فقد
سلمت له اليمنى لانها لا تقطع بعد ذلك لانه لا يوتى على اطرافه الاربعة واليمنى
خير من اليسرى ثم على قول ابي حنيفة هل يكون هذا القطع وهو قطع اليسرى
قطعا عن السرقة حتى اذا هلك المال في يد السارق او استهلكه لا يضمن او لا

فقد الظلم باقامة اليسار مقام اليمين فلم يكن معذورا فيضمن ولابي حنيفة انه م

يكون عن السرقة حتى يضمن اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يكون وقال بعضهم لا يكون
هذا كله اذا قطع الحداد بامر الحاكم فاما الاجنبي اذا قطع يد السرى فان كان
خطا تجب الدية وان كان عمدا تجب القصاص وسقط عنه القطع في اليمنى لانه
لو قطع يودي الى اهلاك النفس من وجه على ما بينا ويرد عليه المسروق ان كان
قايما وعليه ضمانه في الهلاك لان المانع من الضمان هو القطع وقد سقط ولو
وجب عليه قطع اليد اليمين في السرقة فلم يقطع حتى قطع قاطع يمينه
فهذا على وجهين اما ان يكون قبل الخصومة واما ان يكون بعدها فان كان
قبل الخصومة فعلى قاطعه القصاص ان كان عمدا والارش ان كان خطا
وتقطع رجله اليسرى في السرقة كانه سرق ولا يمين له وان كان بعد
الخصومة فان كان قبل القضا فكذلك الجواب الا ان هاهنا لا تقطع رجله
اليسرى لانه لما خوصم كان الواجب في اليمين وقد فاتت فسقط الواجب
كما لو ذهبت بافة سماوية وان كان بعد القضا فلا ضمان على القاطع لانه احتسب
لاقامة حق الله تعالى وكان قطعه عن السرقة حتى لا يجب الضمان على السارق
فيما هلك من مال السرقة في يده او استهلكه واما الموضع الذي يقطع من
اليد اليمنى فهو مفصل الزند عند عامة العلما وقال بعضهم تقطع الاصابع
وقال الخوارج تقطع من المنكب لظاهر قوله تعالى فاقطعوا ايديهما واليد
اسم لهذه الجملة والصحيح قولنا لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع
يد السارق من مفصل الزند فكان فعله بيانا للمراد بالاية كانه نص فقال
فاقطعوا ايديهما من مفصل الزند وعليه عمل الامة من لدن رسول الله
صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا والله الموفق للصواب واما بيان من يقيم هذا
الحكم فالذي يقيمه الامام او ولاه الامام لان هذا حد والمتولي لاقامة الحدود
الايمة او من ولوهم من القضاة والحكام وهذا عندنا وقال الشافعي المولى | م من
يملك اقامة الحد على مملوكه والكلام في هذا الفصل نستوفيه في كتاب
الحدود ان شا الله تعالى واما بيان ما يسقط القطع بعد وجوبه فنقول | ما يسقط القطع بعد وجوبه
ما يسقطه بعد وجوبه انواع منها تكذيب المسروق منه السارق في اقراره
بالسرقة بان يقول له لم تسرق مني ومنها تكذيبه البينة بان يقول
شهد شهودي بزور لانه اذا كذب فقد بطل الاقرار والشهادة فيمتنع
القطع ومنها رجوع السارق عن الاقرار بالسرقة فلا يقطع ويضمن المال لان
الرجوع يقبل في الحدود ولا يقبل في المال لانه يورث شبهة في الاقرار والحد

يسقط

يسقط بالشبهة ولا يسقط المال رجلان اقرا بسرقة ثوب يساوي
ماية درهم ثم قال احدهما الثوب ثوبنا لم نسرقه او قال هذا لي درئ القطع م
عنهما لانهما لما اقرا بالسرقة فقد ثبتت الشركة بينهما في السرقة ثم لما
انكر احدهما فقد رجع عن اقراره فبطل الحد عنه برجوعه فاورث شبهة
في حق الشريك لاتحاد السرقة ولو قال احدهما سرقنا هذا الثوب من فلان
فكذبه الاخر وقال كذبت لم نسرقه قطع المقر وحده في قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف لا يقطع واحد منهما وجه قول ابي يوسف انه اقر بسرقة
واحدة منهما على الشركة فاذا لم يثبت في حق شريكه بانكاره يؤثر ذلك
في حق صاحبه ضرورة اتحاد السرقة وهذا بخلاف ما اذا اقر بالزنا بامراة
فانكرت انه يحد الرجل على اصله لان انكار المراة لا يؤثر في اقرار الرجل اذ ليس
من ضرورة عدم الزنا من جانبها عدمه من جانبه كما لو زنا بصبية او
مجنونة بخلاف الاقرار بالسرقة لان ذلك وجد من احدهما على وجه
الشركة فعدم السرقة من احدهما يؤثر في حق الاخر وجه قول ابي حنيفة
ان اقراره بالشركة في السرقة اقرار بوجود السرقة من كل واحد منهما
الا انه لما انكر صاحبه السرقة لم يثبت منه فعل السرقة وعدم الفعل منه
لا يؤثر في وجود الفعل من صاحبه فبقي اقرار صاحبه على نفسه بالسرقة
فيوجد منه بخلاف اقرار الرجل على نفسه بالزنا بامراة وهي تجحد انه لا | فيوخذ به
يجب الحد على الرجل على اصله لان الزنا لا يقوم الا بالرجل والمراة فاذا انكرت
لم يثبت منها فلا يتصور الوجود من الرجل بخلاف الاقرار بالسرقة على
ما بينا والله اعلم ومنها رد السارق المسروق الى المالك قبل المرافعة
عند ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف وروى عن ابي
يوسف انه لا يسقط ولا خلاف في ان الرد بعد المرافعة لا يسقط القطع
وجه رواية ابي يوسف ان السرقة حين وجودها انعقدت موجبة
للقطع فرد المسروق بعد ذلك لا يخل بالسرقة الموجودة فلا يسقط
القطع الواجب كما لو رده بعد المرافعة ولهما ان الخصومة شرط ظهور
السرقة الموجبة للقطع لما بينا فيما تقدم ولما رد المسروق على المالك فقد
بطلت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لان الشرط وجود الخصومة
لا بقاوها وقد وجدت ومنها ملك السارق المسروق قبل القضا نحو ما اذا وهب
المسروق منه المسروق من السارق قبل القضا وجملة الكلام فيه ان الامر لا

يخلوا اما ان وهب منه قبل القضا واما ان وهبه بعد القضا قبل الامضا فان
وهبه قبل القضا يسقط القطع بلا خلاف وان وهبه بعد القضا قبل الامضا
يسقط عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يسقط وهو قول
الشافعي واحتج ابو يوسف بما روي ان سارق ردا صفوان اخذ فاتي به الي
رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر عليه السلام ان تقطع يده فقال صفوان
يا رسول الله اني لم ارد هذا هو عليه صدقة فقال عليه السلام فهلا قبل ان
تاتيني به فدل ان الهبة قبل القضا تسقط القطع وبعده لا تسقط ولان
وجوب القطع حكم معلق بوجود السرقة وقد تمت السرقة ووقعت
موجبة للقطع لاستجماع شرايط الوجوب فطريان الملك بعد ذلك
لا يوجب خللا في السرقة الموجودة فبقي القطع واجبا كما كان كما لو رد
المسروق على المالك بعد القضا بخلاف ما قبل القضا لان الخصومة شرط
ظهور السرقة الموجبة للقطع عند القاضي وقد بطل حق الخصومة وجه
قولهما ان القبض شرط ثبوت الملك في الهبة والملك في الهبة يثبت
من وقت القبض فيظهر الملك له من ذلك الوقت من كل وجه او من
وجه وكون المسروق ملكا للسارق على الحقيقة او الشبهة يمنع من القطع
ولهذا لم يقطع قبل القضا فكذا بعده ولان القضا في باب الحدود امضاوها
فما لم تمض فكانه لم تقض ولو كان لم يقض اليس انه لا يقطع فكذا اذا لم
تمض ولان الطارى في باب الحدود ملحق بالمقارن اذا كان في الالحاق اسقاط
الحد وهاهنا فيه اسقاط الحد فيلحق به واما الحديث فلا حجة له فيه
لان المروي قوله هو عليه صدقة وقوله هو يحتمل انه اراد به القطع وهبة
القطع لا تسقط الحد يدل عليه انه روي في بعض الروايات انه قال وهبت
القطع وكذا يحتمل انه تصدق عليه بالمسروق ووهبه منه ولكنه لم يقبضه
والقطع انما يسقط بالهبة مع القبض وعلى هذا اذا باع المسروق من
السارق قبل القضا او بعده على الاتفاق والاختلاف ولو زنا بامراة ثم تزوجها
لا يسقط الحد لان الملك الثابت بالنكاح لا يحتمل الاستناد الي وقت الوطي فلا
تثبت الشبهة في الزنا فيحد واما حكم السقوط بعد الثبوت وعدم الثبوت
لمانع وهو الشبهة وغيرها فدخول المسروق في ضمان السارق حتى لو هلك
في يده بنفسه او استهلكه السارق يضمن لان المانع من الضمان هو القطع فاذا
سقط القطع زال المانع فيضمن والله اعلم والثاني وجوب رد عين المسروق

علي

علي صاحبه اذا كان قايما بعينه وجملة الكلام فيه ان المسروق في يد السارق
لا يخلوا اما ان كان علي حاله لم يتغير واما ان احدث السارق فيه حدثا فان كان
علي حاله رده علي المالك لما روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال علي
اليد ما اخذت حتى ترد وروي عنه عليه السلام من وجد عين ماله فهو — انه قال م
احق به وروي انه عليه السلام رد ردا صفوان عليه وقطع السارق فيه
وكذلك ان كان السارق قد ملك المسروق رجلا ببيع او هبة او صدقة او
تزوج امراة عليه او كان السارق امراة فاختلعت من زوجها نفسها به وهو قايم
في يدي المالك فلصاحبه ان ياخذه لانه ملكه اذ السرقة لا توجب زوال الملك
عن العين المسروقة فكان تمليك السارق باطلا ويرجع المشتري علي السارق
بالثمن الذي اشتراه به لما مر وان كان هلك في يدي القابض وكان البيع قبل
القطع او بعده فلا ضمان لا علي السارق ولا علي القابض لما بينا فيما تقدم وان
احدث السارق فيه حدثا لا يخلو اما ان احدث حدثا اوجب النقصان واما
ان احدث حدثا اوجب الزيادة فان احدث حدثا يوجب النقصان يقطع ويرد
العين علي المالك وليس عليه ضمان النقصان لان نقصان المسروق هلاك
بعضه ولو هلك كله يقطع ولا ضمان عليه كذا اذا هلك البعض ويرد العين لان
القطع لا يمنع الرد الا ترى انه لا يمنع رد الكل فكذا البعض وان احدث حدثا اوجب
الزيادة فالاصل في هذا ان السارق اذا احدث في المسروق حدثا لو احدثه الغاصب
في المغصوب لانقطع حق المالك ينقطع حق ~~المسروق~~ المسروق منه والا فلا الا
ان في باب الغصب يضمن الغاصب للمالك مثل المغصوب او قيمته وهاهنا لا
يضمن السارق لمانع وهو القطع اذا عرف هذا فنقول السارق اذا سرق
الثوب وخاطه قميصا انقطع حق المالك لانه لو فعله الغاصب لانقطع حق المغصوب
منه كذا اذا فعله السارق ولا ضمان علي السارق لما بينا ولو صبغه احمر او اصفر
فكذلك لا سبيل للمالك علي العين المسروقة في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد ياخذ المالك الثوب ويعطيه ما زاد الصبغ فيه وجه قولهما انه لو وجد
هذا من الغاصب لتخير المالك بين ان يضمن الغاصب قيمة الثوب وبين ان ياخذ
الثوب ويعطيه ما زاد الصبغ فيه اذ الغصب والسرقة لا يختلفان في هذا
الباب الا في الضمان ولابي حنيفة رحمه الله الفرق بين الغصب والسرقة هاهنا
وهو ان حق المغصوب منه انما لم ينقطع عن الثوب بالصبغ لان الثوب ملكه وهو
متقوم وللغاصب فيه حق متقوم ايضا الا انا اثبتنا الخيار للمالك لا للغاصب

الا ان التضمين هاهنا متعذر لضرورة القطع فتعين الوجه الاخر وهو ان ياخذ الثوب ويعطيه ما زاد الصبغ فيه
اصل صح

لان المالك صاحب اصل والغاصب صاحب وصف وهاهنا حق السارق في الصبغ متقوم
وحق المالك في اصل الثوب ليس بمتقوم في حق السارق لاجل القطع الا ترى انه
لو اتلفه السارق لا ضمان عليه فاعتبر حق السارق وجعل حق المالك في الاصل
تبعا لحقه في الوصف وتعذر تضمينه لضرورة القطع فيكون له مجانا ولكن لا
يحل له ان ينتفع بهذا الثوب بوجه من الوجوه كذا قال ابو حنيفة رحمه الله
لان الثوب على ملك المسروق منه الا انه تعذر رده وتضمينه في الحكم والقضا
فما يملكه السارق لا يحل له الانتفاع به [٣] ويجوز ان يصير مال الانسان في يد غيره — ٣ لانه ملكه بوجه محظور من غير بدل بتعذر ايجاب الضمان فلا يباح له الانتفاع به
على وجه يخرج من ان يكون واجب الرد والضمان اليه من طريق الحكم والقضا
لكن لا يحل له الانتفاع به فيما بينه وبين الله تعالى كالمسلم اذا دخل دار الحرب
بامان فاخذ شيا من اموالهم لا يحكم عليه بالرد ويلزمه ذلك فيما بينه وبين
الله تعالى وكذا الباغي اذا اتلف مال العادل ثم تاب لا يحكم عليه لا بالرد ولا بالضمان
ويلزمه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى وكذلك الحربي اذا اتلف شيا من
مال التاجر ثم اسلم لا يحكم عليه بالرد ويفتى بذلك فيما بينه وبين الله تعالى
وكذلك السارق اذا استهلك المسروق لا يقضى عليه بالضمان ولكن يفتى به
فيما بينه وبين الله تعالى وكذا قاطع الطريق اذا قتل انسانا بعصا ثم جا تايبا
بطل عنه الحد ويؤمر باداء الدية الى ولي القتيل ولو قتل حربي مسلما بعصا
ثم اسلم لا يفتى بدفع الدية الى الولي بخلاف الباغي وقاطع الطريق والفرق
ان القتل من الحربي لم يقع سببا لوجوب الضمان لان عصمة المقتول لم تظهر
في حقه فلا يجب بالاسلام لانه يجب ما قبله وقال الله تعالى قل للذين كفروا ان
ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف بخلاف قاطع الطريق لان فعله وقع سببا
لوجوب الضمان الا انه لا يحكم بالضمان لمانع وهو ضرورة اقامة الحد الا ان الحد اذا لم
يجب لشبهة يحكم بالضمان فيظهر اثر المانع في الحكم والقضا لا في الفتوى وكذا فعل
الباغي وقع سببا لوجوب الضمان لكن لم يحكم بالوجوب [٢] وهو عدم الفايدة — ٢ لمانع صح
لقيام المنعة وهذا المانع يخص الحكم والقضا فكان الوجوب ثابتا عند الله
تعالى فيفتى به وعلى هذا يخرج ما اذا سرق نقرة فضة فضربها دراهم انه
يقطع والدراهم ترد على صاحبها في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد ينقطع
حق المالك عن الدراهم بناء على ان هذا الصنع لا يقطع حق المالك في باب الغصب
عنده وعندهما يقطع ولو سرق حديدا او صفرا او نحاسا او ما اشبه ذلك
فضربها اواني ينظر ان كان بعد الصناعة والضرب يباع وزنا فهو على

الاختلاف الذي ذكرناه وان كان يباع عددا ينقطع حق المالك بالاجماع كما
في الغصب وعلى هذا اذا سرق حنطة فطحنها وغير ذلك من هذا الجنس وقد
ذكرنا جملة ذلك في كتاب الغصب

كتاب قطاع الطريق

الكلام في هذا الكتاب على نحو الكلام في كتاب السرقة وذلك
في اربعة مواضع في بيان ركن قطاع الطريق وفي بيان شرايط الركن وفي
بيان ما يظهر به قطع الطريق عند القاضي وفي بيان حكم قطع الطريق
فصل اما ركنه فهو الخروج على المارة لاجل اخذ المال على سبيل المغالبة
على وجه يمتنع المارة عن المرور وينقطع الطريق سواء كان القطع بسلاح
من جماعة او من واحد بعد ان يكون له قوة القطع وسواء كان القطع بسلاح
او غيره من العصا والحجر والخشب ونحوها لان انقطاع الطريق يحصل بكل
من ذلك وسواء كان بمباشرة الكل او التسبيب من البعض بالاعانة والاخذ لان
القطع يحصل بالكل كما في السرقة ولان هذا من عادة القطاع اعني المباشرة
من البعض والاعانة من البعض بالتشمير بالدفع فلو لم يلحق التسبيب بالمباشرة
في وجوب الحد لادى ذلك الى انفتاح باب قطع الطريق وانسداد
حكمه وانه قبيح ولهذا الحق التسبيب بالمباشرة في السرقة كذا هاهنا
فصل واما الشرايط فانواع بعضها يرجع الى القاطع خاصة [٣] وبعضها — ٣ وبعضها يرجع الى المقطوع عليه خاصة صح
يرجع اليهما جميعا وبعضها يرجع الى المقطوع له وبعضها يرجع الى المقطوع
فيه اما الذي يرجع الى القاطع خاصة فانواع منها ان يكون عاقلا ومنها
ان يكون بالغا فان كان صبيا او مجنونا فلا حد عليهما لان الحد عقوبة فيستد عي
جناية وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بكونه جناية ولهذا لم يتعلق به
القطع في السرقة كذا هذا ولو كان في القطاع صبي او مجنون فلا حد على
احد في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف ان كان الصبي
هو الذي يلي القطع فكذلك وان كان غيره حد العقلاء البالغون وقد
ذكرنا المسئلة في كتاب السرقة ومنها الذكورة في ظاهر الرواية حتى
لو كانت في القطاع امراة فوليت القتال واخذت المال دون الرجال لا يقام
الحد عليها في الرواية المشهورة وذكر الطحاوي وقال النسا والرجال في قطع
الطريق سوا وعلى قياس قوله يقام الحد عليها وعلى الرجال وجه ما ذكره
الطحاوي ان هذا حد يستوي في وجوبه الذكر والانثى كساير الحدود ولان
الحد ان كان هو القطع فلا يشترط في وجوبه الذكورة كحد السرقة وان كان

هو القتل فكذلك كحد الزنا وهو الرجم اذا كانت محصنة وجه الرواية المشهورة
ان ركن القطع وهو الخروج على المارة على وجه المحاربة والمغالبة لا تتحقق
من النسا عادة لرقة قلوبهن وضعف بنيتهن فلا تكن من اهل الحراب ولهذا
لا يقتلن في دار الحرب بخلاف السرقة لانها اخذ المال على وجه الاستخفا
ومسارقة الاعين والانوثة لا تمنع من ذلك وكذا اسباب ساير الحدود
تتحقق من النسا كما تتحقق من الرجال واما الرجال الذين معها فلا يقام عليهم
الحد في قول ابي حنيفة ومحمد سوا باشروا معها او لم يباشروا وفرق ابو يوسف
بين الصبي وبين المراة حيث قال اذا باشر الصبي لا حد على من لم يباشر من
العقلا البالغين واذا باشرت المراة يحد الرجال ووجه الفرق له ان امتناع
الوجوب على المراة ليس لعدم الاهلية لانها من اهل التكليف الا ترى انه
تتعلق ساير الحدود بفعلها بل لعدم المحاربة منها او نقصانها عادة وهذا لم يوجد
في الرجال فلا يمتنع وجوب الحد عليهم وامتناع الوجوب على الصبي لعدم
اهلية الوجوب لانه ليس من اهل الايجاب عليه ولهذا لم تجب عليه ساير
الحدود فاذا انتفى الوجوب عليه وهو اصل امتنع التبع ضرورة وجه
قولهما ان سبب الوجوب شي واحد وهو قطع الطريق وقد حصل
ممن يجب عليه وممن لا يجب عليه اصلا كما اذا كان فيهم صبي او مجنون
واما الحرية فليست بشرط لعموم قوله تعالى انما جزا الذين يحاربون الله
ورسوله ويسعون في الارض فسادا الاية من غير فصل بين الحر والعبد
ولان الركن وهو قطع الطريق يتحقق من العبد حسب تحققه من الحر
فيلزمه حكمه كما يلزم الحر وكذلك الاسلام لما قلنا فصل واما
الذي يرجع الى المقطوع عليه خاصة فنوعان احدهما ان يكون مسلما او ذميا فان
كان حربيا مستامنا لا حد على القاطع لان مال الحربي المستامن ليس بمعصوم
مطلقا بل في عصمته شبهة العدم لانه من اهل دار الحرب وانما استفاد
العصمة بعارض الامان موقتة الى غاية العود الى دار الحرب فكان في عصمته
شبهة الاباحة فلا يتعلق الحد بالقطع عليه كما لا يتعلق بسرقة ماله بخلاف
الذمي لان بعقد الذمة افاد له عصمة ماله على التابيد فيتعلق الحد باخذه كما
يتعلق بسرقته والثاني ان تكون يده صحيحة بان كانت يد ملك او يد امانة او
يد ضمان فان لم تكن صحيحة كيد السارق لا حد على القاطع كما لا حد على السارق
على ما مر في كتاب السرقة فصل واما الذي يرجع اليهما جميعا واحد وهو

ان لا يكون في القطاع ذو رحم محرم من احد من المقطوع عليهم فان كان لا يجب الحد
لان بينهما تبسطا في المال والحرز لوجود الاذن بالتناول عادة فقد اخذ مالا لم
يحرزه عنه الحرز المبني في الحضر ولا السلطان الجاري في السفر فاورث ذلك
شبهة في الاجانب لاتحاد السبب وهو قطع الطريق وكان الجصاص يقول
جواب الكتاب محمول على ما اذا كان الماخوذ مشتركا بين المقطوع عليهم وفي
القطاع من هو ذو رحم محرم من احدهم فاما اذا كان لكل واحد منهم مال مفرز
يجب الحد على الباقين وجواب الكتاب مطلق عن هذا التفصيل فصل
واما الذي يرجع الى المقطوع له فما ذكرنا في كتاب السرقة وهو ان يكون الماخوذ مالا
متقوما معصوما ليس لاحد فيه حق الاخذ ولا تاويل التناول ولا شبهة التناول
مملوكا لا ملك فيه للقاطع ولا تاويل الملك ولا شبهة الملك محرزا مطلقا بالحافظ
ليس فيه شبهة العدم نصابا كاملا عشرة دراهم او مقدرا بها حتى لو كان
المال الماخوذ لا يصيب كل واحد من القطاع عشرة لا حد على احد وقد ذكرنا
مسايل هذه الشرايط والمسايل التي تخرج عليها في كتاب السرقة وشرط
الحسن بن زياد في نصاب قطع الطريق ان يكون عشرين فصاعدا وقال
عيسى بن ابان ان قتلوا قتلوا وان كان ما اخذ كل واحد منهم اقل من عشرة وجه
قول الحسن ان الشرع قدر نصاب السرقة بالعشرة والواجب فيها قطع طرف
واحد وهاهنا يقطع طرفان فيشترط نصابان وذلك عشرون وجه قول
عيسى انا اجمعنا على انهم لو قتلوا ولم ياخذوا المال اصلا قتلوا فاذا اخذوا شيا
من المال وان قل اولى ان يقتلوا ولنا الفرق بين النوعين وهو انهم لما قتلوا ولم
ياخذوا المال اصلا علم ان مقصودهم القتل لا المال والقتل جناية متكاملة في
نفسها فيجازى بعقوبة متكاملة وهي القتل ولما اخذوا المال وقتلوا دل ان
مقصودهم المال وانما قتلوا ليتمكنوا من اخذ المال واخذ المال لا يتكامل جناية
الا اذا كان الماخوذ نصابا كاملا كما في السرقة والله اعلم فصل واما الذي يرجع الى
المقطوع فيه وهو المكان فنوعان احدهما ان يكون قطع الطريق في دار الاسلام
وان كان في دار الحرب لا يجب الحد لان المتولي لاقامة الحد هو الامام وليس له ولاية
في دار الحرب فلا يقدر على الاقامة فالسبب حين وجوده لم ينعقد سببا للوجوب
لعدم الولاية فلا يستوفيه في دار الاسلام ولهذا لا يستوفي ساير الحدود في دار
الاسلام اذا وجد اسبابها في دار الحرب كذا هذا والثاني ان يكون في غير مصر فان
كان في مصر لا يجب الحد سوا كان القطع نهارا او ليلا وسوا كان بسلاح او غيره

وهذا استحسان وهو قول ابي حنيفة ومحمد والقياس ان يجب وهو قول ابي يوسف
وجه القياس ان سبب الوجوب قد تحقق وهو قطع الطريق فيجب الحد كما لو
كان في غير مصر وجه الاستحسان ان القطع لا يحصل بدون الانقطاع والطريق
لا ينقطع في الامصار وفيما بين القرى لان المارة لا تمتنع عن المرور عادة فلم يوجد
السبب وقيل انما اجاب ابو حنيفة على ما شاهد في زمانه لان اهل الامصار
كانوا يحملون السلاح فالقطاع ما كانوا يتمكنون من مغالبتهم في المصر والان ترك
الناس هذه العادة فيمكنهم المغالبة فيجري عليهم الحد وعلى هذا قال ابو حنيفة
فيمن قطع الطريق بين الحيرة والكوفة انه لا يجري عليهم الحد لان الغوث كان
يلحق هذا الموضع في زمانه لاتصاله بالمصر والان صار برية فلا يلحقوا الغوث
فيتحقق قطع الطريق والثالث ان يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر
فان كان اقل من ذلك لم يكونوا قطاع الطريق وعلى هذا قولهما واما على قول
ابي يوسف فليس بشرط ويكونون قطاع الطريق والوجه ما بينا فيجب الحد
وروى عن ابي يوسف في قطاع الطريق في المصر قاتلوا نهارا بسلاح يقام عليهم
الحد وان خرجوا بخشب لهم لم يقم عليهم لان السلاح لا يلبث فلا يلحق الغوث
والخشب يلبث فالغوث يلحق وان قاتلوا ليلا بسلاح او خشب يقام عليهم الحد
لان الغوث قل ما يلحق بالليل فيستوي فيه السلاح وغيره والله اعلم ولو شهر
على رجل سلاحًا نهارا او ليلا في غير مصر او في مصر فقتله المشهور عليه عمدا
فلا شيء عليه وكذلك ان شهر عليه عصًا ليلا في غير مصر او في مصر وان كان
نهارا في مصر فقتله المشهور عليه يقتل به والاصل في هذا ان من قصد قتل انسان
لا يهدر دمه ولكن ينظر ان كان المشهور عليه يمكنه دفعه عن نفسه بدون
القتل لا يباح له القتل وان كان لا يمكنه الدفع الا بالقتل يباح القتل لانه من
ضرورات الدفع فاذا شهر عليه سيفه يباح له ان يقتله لانه لا يقدر على الدفع
الا بالقتل الا ترى انه لو استغاث الناس لقتله قبل ان يلحقه الغوث اذ السلاح
لا يلبث فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله فاذا قتله فقد قتل شخصًا
مباح الدم فلا شيء عليه وكذلك اذا شهر عليه العصا ليلا لان الغوث لا يلحق بالليالي
عادة سواء كان في المفازة او في المصر وان شهر عليه نهارا في المصر لا يباح قتله
لانه يمكنه دفع شره بالاستغاثة بالناس وان كان في المفازة يباح قتله لانه لا
يمكنه الاستغاثة فلا يندفع شره الا بالقتل فيباح له القتل وروى ابو يوسف
عن ابي حنيفة انه لو قصد قتله بما لو قتله به لوجب عليه القصاص فقتله المقصود

قبله لا يجب القصاص لانه يباح قتله اذ لو لم يبح لقتله القاصد واذا قتله يقتل به
قصاصا فكان فيه اتلاف نفسين واذا ابيح قتله كان فيه اتلاف احدهما فكان اهون
ولو قصد قتله بما لو قتله به لكان لا يجب القصاص لا يباح للمقصود قتله ٢ فان قتله ٢ ان يقتل القاصد م
يجب عليه القصاص لانه ليس في ترك الاباحة هاهنا اتلاف نفس فلا يباح واذا
قتله فقد قتل شخصا معصوم الدم على الابد فيجب القصاص والله اعلم فصل بلغ
واما بيان ما يظهر به القطع عند القاضي فالذي يظهر به البينة او الاقرار عقيب
خصومة صحيحة ولا يظهر بعلم القاضي على ما ذكرنا في كتاب السرقة فصل
واما حكم قطع الطريق فله حكمان احدهما يتعلق بالنفس والاخر يتعلق بالمال اما
الذي يتعلق بالنفس فهو وجوب الحد والكلام في هذا الحكم في مواضع في بيان
اصل هذا الحكم وفي بيان صفاته وفي بيان محل اقامته وفي بيان من يقيمه وفي
بيان ما يسقط بعد الوجوب وفي بيان حكم السقوط بعد الوجوب او عدم الثبوت
لمانع اما اصل الحكم الذي يتعلق بالنفس فلم يمكن الوصول الى معرفته الا بعد معرفة
انواع قطع الطريق لانه يختلف باختلاف انواعه فنقول وبالله التوفيق قطع
الطريق اربعة انواع اما ان يكون باخذ المال لا غير واما ان يكون بالقتل لا غير
واما ان يكون بهما جميعا واما ان يكون بالتخويف من غير اخذ ولا قتل فمن اخذ
المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن قتل ولم ياخذ المال قتل
ومن اخذ المال وقتل قال ابو حنيفة رحمه الله الامام بالخيار ان شاء قطع يده
ورجله ثم قتله او صلبه وان شاء لم يقطعه وقتله او صلبه وقيل ان تفسير الجمع
بين القطع والقتل عند ابي حنيفة هو ان يقطعه الامام ولم يحسم موضع القطع بل
يتركه حتى يموت وقال ابو يوسف ومحمد يقتل ولا يقطع ومن اخاف ولم ياخذ
مالا ولا قتل نفسا ينفى وقال مالك في قاطع الطريق يتخير بين الاجزية المذكورة
والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض
فسادا ان يقتلوا او يصلبوا او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف او ينفوا من الارض
احتج مالك بظاهر الاية وهو ان الله تعالى ذكر الاجزية فيها بحرف او وانها
للتخيير كما في كفارة اليمين وكفارة جزاء الصيد فيجب العمل بحقيقة هذا الحرف
الا حيث قام الدليل بخلافها ولنا انه لا يمكن اجراء الاية على ظاهر التخيير في
مطلق المحارب لان الجزاء على قدر الجناية يزداد بزيادة الجناية وينتقص بنقصانها
هذا هو مقتضى العقل ~~والسمع~~ والسمع ايضا قال الله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها
فالتخيير في الجناية القاصرة بالجزاء في الجزاء الذي هو جزاء في الجناية الكاملة وفي الجناية.

الكاملة بالجزا الذي هو جزآء في الجناية القاصرة خلاف المشروع تحقيق ذلك ان الامة
اجمعت على ان القاطع لو اخذ المال وقتل لا يجازى بالنفي وحده وان كان ظاهر الاية
يقتضي التخيير بين الاجزية الاربعة دل انه لا يمكن العمل بظاهر التخيير على ان
التخيير الوارد في الاحكام المختلفة من حيث الصورة بحرف التخيير انما يجري على
ظاهره اذا كان سبب الوجوب واحدا كما في كفارة اليمين وكفارة جزاء الصيد اما
اذا كان مختلفا فيخرج مخرج بيان الحكم لكل في نفسه كما في قوله تعالى قلنا يا ذا القرنين
اما ان تعذب واما ان تتخذ فيهم حسنا ان ذلك ليس للتخيير بين المذكورين بل لبيان
الحكم لكل في نفسه لاختلاف سبب الوجوب وتاويله اما ان تعذب من ظلم او تتخذ
الحسنى فيمن امن وعمل صالحا الا ترى الى قوله قال اما من ظلم فسوف نعذبه الاية
واما من امن وعمل صالحا فله جزاء الحسنى الاية وقطع الطريق متنوع في نفسه
وان كان متحدا من حيث الذات قد يكون باخذ المال وحده وقد يكون بالقتل لا غير
وقد يكون بالجمع بين الامرين وقد يكون بالتخويف لا غير فكان سبب الوجوب مختلفا
ولا يحمل على التخيير بل على بيان الحكم لكل نوع او يحتمل هذا ويحتمل ما ذكرتم فلا يكون
حجة مع الاحتمال واذا لم يمكن صرف الاية الى ظاهر التخيير في مطلق المحارب
فاما ان يحمل على الترتيب ويضمر في كل حكم مذكور نوع من انواع قطع الطريق
كانه قال انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا
او يصلبوا ان اخذوا المال وقتلوا او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف ان اخذوا
المال لا غير او ينفوا من الارض ان اخافوا هكذا ذكر جبريل لرسول الله صلى الله عليه وسلم
لما قطع ابو برده باصحابه الطريق على اناس جاوا يريدون الاسلام ان من قتل قتل
ومن اخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن قتل واخذ المال
صلب ومن جا مسلما هدم الاسلام ما كان قبله من الشرك والى هذا التاويل
ذهب عبد الله بن عباس وابراهيم النخعي رحمه الله واما ان يعمل بظاهر التخيير
بين الاجزية الثلاثة لكن في محارب خاص وهو الذي اخذ المال وقتل فكان
العمل بظاهر التخيير على هذا الوجه اقرب من ظاهر الاية لان الله تعالى جمع بين
القتل وقطع الطريق في الذكر بقوله انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون
في الارض فسادا فالمحاربة هي القتل والفساد في الارض هو قطع الطريق فاوجب
احد الاجزية بما ذكر من الفعلين وفيه عمل بحقيقة حرف التخيير وعمل بحقيقة
ما اضيف اليه الجزاء وهو ما ذكر من المحاربة والسعي في الارض بالفساد فكان اقرب
الى ظاهر الاية والى هذا التاويل ذهب الحسن وسعيد بن المسيب ومجاهد

وغيرهم

وغيرهم ثم ابو يوسف ومحمد اخذا بالتاويل الاول وهو تاويل الترتيب في المحارب
اذا اخذ المال وقيل انه يقتل لا غير لان جبريل صلوات الله عليه ذكر لرسول الله
صلى الله عليه وسلم على ما مر وحد قطاع الطريق لم يعرف الا بهذا النص ولان
اخذ المال والقتل جناية واحدة وهي جناية قطع الطريق فلا يقابل الا بعقوبة
واحدة والقتل والقطع عقوبتان على حدة الا انهما ان كانا جنايتين يجب بكل واحد منهما
جزا عند الانفراد حقا لله تعالى لكنهما اذا اجتمعا يدخل ما دون النفس في النفس
كالسارق اذا زنا وهو محصن وكمن زنا وهو غير محصن ثم احصن فزنا انه يرجم
لا غير كذا ها هنا ولانه لا فايدة في اقامة القطع لان ما هو المقصود من الحد وهو
الزجر وما هو غير مقصود به وهو التكفير يحصل بالقتل وحده فلا يفيد القطع
فلا يشرع وابو حنيفة رحمه الله اخذ بالتاويل الثاني وهو التخيير بين الاجزية
الثلاثة في المحارب الذي جمع بين اخذ المال والقتل وهو احق التاويلين
للاية لما ذكرنا ان فيه عملا بحقيقة حرف التخيير وحقيقة ما اضيف اليه الجزا
وهو المحاربة والسعي في الارض بالفساد وكان اقرب الى ظاهر الاية وانما عرفنا
حكم اخذ المال وحده وحكم القتل وحده لا بهذه الاية ولكن بحديث
جبريل صلوات الله عليه او غيره او بالاسناد لا بحالة الاجتماع وهو انه لما وجب
الجمع بين الموجبين عند وجود القطعين يجب القول بافراد كل واحد
منهما عند الانفراد ويمكن ان يقال انه يقول في تاويل الاية بالترتيب فيوجب
الصلب بظاهر الاية والقطع بالاسناد لا بحالة الانفراد انه يجب على كل واحد
منهما فعند الاجتماع يجب ان يجمع الا ان في بعض المواضع قام دليل الاسقاط
الاخف ولم يقم ها هنا بل قام دليل الوجوب لان مبنى هذا الباب على التغليظ
الا ترى انه يجمع بين قطع اليد والرجل في اخذ المال ولا يجمع بينهما في اخذ
المال في المصر وكذلك يصلب عن القتل وحده ها هنا ولم يجب ان يصلب
في غيره من القتل في المصر فكذا جاز ان يجمع بين الموجبين عند مباشرة النوعين
ها هنا دون ساير المواضع واما كيفية الصلب فقد روي عن ابي يوسف انه يصلب
حيا ثم يطعن برمح حتى يموت وكذا ذكر الكرخي وعن ابي عبيد انه يقتل ثم يصلب
وكذا ذكر الطحاوي لان الصلب حيا من باب المثلة ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن المثلة والصحيح هو الاول لان الصلب في هذا الباب شرع لزيادة في العقوبة
تغليظا والميت ليس من اهل العقوبة ولانه لو جاز ان يقال يصلب بعد الموت
لجاز ان يقال تقطع يده ورجله من خلاف بعد الموت وذلك بعيد فكذا هذا والمراد

من المثلة في الحديث قطع بعض الجوارح كذا قال محمد رحمه الله وقيل اذا صلبه الامام
يتركه ثلاثة ايام عبرة للخلق ثم يخلي بينه وبين اهله لانه بعد الثلاث يتغير
فيتضرر به الناس واما النفي في قوله تعالى او ينفوا من الارض فقد اختلف
اهل التاويل فيه قال بعضهم المراد منه وينفوا من الارض بحذف الالف ومعناه
وينفوا من الارض بالقتل والصلب اذ هو النفي من وجه الارض حقيقة وهذا
على قول من تاول الاية في المحارب الذي اخذ المال وقتل لان الامام يكون مخيرا بين
الاجزية الثلاثة والنفي من الارض ليس غير واحد من هذه الثلاثة لان بالقتل
والصلب يحصل النفي فكذا لا يجوز ان يجعل النفي مشاركا للاجزية الثلاثة في
التخيير لانه لا يزاحم القتل لانه دونه بكثير وقيل نفيه ان يطرد حتى يخرج
من دار الاسلام وهو قول الحسن وعن ابراهيم النخعي في رواية ان نفيه طلبه
وبه اخذ الشافعي انه يطلب في كل بلد والقولان لا يصحان لانه ان طلب في البلد الذي
قطع الطريق ونفي عنه فقد القي ضرره الى بلد اخر وان طلب في كل بلد من
بلاد الاسلام ونفي عنه يدخل دار الحرب وفيه تعريض له على الكفر وجعله
حربا لنا وهذا لا يجوز وعن ابراهيم في رواية اخرى انه يحبس حتى يحدث
توبة وفيه نفي عن وجه الارض مع قيام الحياة الا عن الموضع الذي حبس فيه
ومثل هذا في عرف الناس يسمى نفيا عن وجه الارض وخروجا عن الدنيا
كما انشد لبعض المحبوسين خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها فلسنا من الاحياء
فيها ولا الموتى اذا جاءنا السجان يوما لحاجة عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا
فصل واما صفات هذا الحكم فانواع منها ان ينفي وجوب ضمان
المال والجراحات عمدا كانت الجراحة او خطا اما المال فلانه لا يجمع بين
الحد والضمان عندنا واما الجراحات اذا كانت خطا فلان بها يوجب
الضمان وان كانت عمدا فلان الجناية فيما دون النفس يسلك بها مسلك
الاموال ولا يجب ضمان المال فكذا ضمان الجراحات وقد ذكرنا ما يتعلق من
المسائل بهذا الاصل في كتاب السرقة ومنها ان يجري فيه التداخل حتى لو
قطع قطعات فدفع في بعضها فقطعت يده ورجله فيما رفع فيه كان
ذلك للقطعات كلها كما في السرقة الا ان ثمة التداخل لاحتمال عدم الفائدة
مع بقاء محل القطع وهو الرجل اليسرى وههنا التداخل لعدم المحل والكلام في
الضمان فيما لم يخاصم فيه ما هو الكلام في السرقة انه ان كان المال قائما يرده
وان كان هالكا فعلى الاختلاف الذي ذكرنا في كتاب السرقة ومنها انه لا يعمل

وجدت البيت في غير الكتب وزدت

العفو

العفو والاسقاط والابراء والصلح عنه فكل ما وجب على قاطع الطريق من قتل و
قطع او صلب يستوفى منه سواء عفا الاولياء وارباب الاموال عن ذلك او لم
يعفوا وسواء ابرؤوا منه او صالحوا عليه وليس للامام ايضا اذا ثبت ذلك عنده
تركه واسقاطه والعفو عنه لان الواجب حد والحدود حقوق الله تعالى فلا يعمل
فيها عفو العبد ولا صلحه ولا الابراء عنها فصل واما محل اقامة هذا الحكم
فنقول محل اقامة هذا الحكم يختلف باختلاف الحكم فان كان الحكم هو القتل بان
قتل او اخذ المال وقتل او الحبس بان لم ياخذ المال ولم يقتل ولكنه خوف
لا غير فمحل اقامته النفس وان كان هو القطع بان اخذ لا غير فمحل اقامته
اليد اليمنى والرجل اليسرى لقوله تعالى او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف
ويعتبر في ذلك سلامة اليد اليسرى والرجل اليمنى على ما ذكرنا في كتاب
السرقة وكذا حكم فعل الحداد اذا قطع اليد اليسرى مكان اليمنى متعمدا
او مخطئا وحكم فعل الاجنبي اذا قطع اليد اليسرى خطأ او عمدا ههنا مثل الحكم
في السرقة وقد استوفينا الكلام فيه في كتاب السرقة وكذا محل القطع من
اليد اليمنى هو المفصل كما في السرقة والله اعلم فصل واما بيان من يقيم
هذا الحكم فالذي يقيمه الامام او من ولاه الامام الاقامة ليس الى الاولياء ولا الى
ارباب الاموال شيء بل يقيمه الامام طالب الاولياء وارباب الاموال بالاقامة او لم
يطالبوا وهذا عندنا وعند الشافعي المولى يملك اقامة الحد على مملوكه من
غير تولية الامام والكلام في هذا الفصل على الاستقصاء نذكره في كتاب الحدود
ان شاء الله تعالى فصل واما بيان ما يسقط هذا الحكم بعد وجوبه
فالمسقط له بعد الوجوب اشياء ذكرناها في كتاب السرقة منها تكذيب
المقطوع عليه القاطع في اقراره بقطع الطريق انه لم يقطع عليه الطريق
ومنها تكذيب المقطوع عليه البينة ومنها ملك القاطع المقطوع له وهو
المال قبل الترافع او بعده على التفصيل على الاختلاف الذي ذكرنا في كتاب
السرقة ومنها توبة القاطع قبل ان يقدر عليه لقوله تعالى الا الذين تابوا
من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم اي رجعوا عما فعلوا فندموا
على ذلك وعزموا على ان لا يفعلوا مثله في المستقبل فدلت هذه الاية على
ان قاطع الطريق اذا تاب قبل ان يظفر به يسقط عنه الحد ويرد المال على
صاحبه ان كان اخذ المال لا غير مع العزم على ان لا يفعل مثله في المستقبل ويسقط
عنه القطع اصلا ويسقط عنه القتل حدا وكذا ان اخذ المال وقتل حتى لم يكن

الحكم
المال
ومنها رجوع القاطع عن اقراره بقطع الطريق صح
توبته صح

للامام ان يقتله ولكن يدفعه الي اوليا القتيل ليقتلوه قصاصا ان كان القتل بسلاح
علي ما نذكر وان كان لم ياخذ المال ولم يقتل فتوبته الندم علي ما فعل
والعزم علي فعل ترك مثله في المستقبل وهو ان ياتي الامام عن طوع واختيار
ويظهر التوبة عنده وتسقط عنه الحبس لان الحبس للتوبة وقد تاب
فلا معني للحبس وكذلك السرقة الصغري اذا تاب السارق قبل ان
يظفر به ورد المال الي صاحبه سقط عنه القطع بخلاف ساير الحدود انها
لا تسقط بالتوبة والفرق ان الخصومة شرط في السرقة الصغري والكبري
لان محل الجناية خالص حق العباد والخصومة تنتهي بالتوبة والتوبة تمامها
برد المال الي صاحبه فاذا وصل المال الي صاحبه لم يبق له حق الخصومة مع
السارق بخلاف ساير الحدود فان الخصومة ليست فيها بشرط فعدمها لا م فيهاس
يمنع من اقامة الحد وفي حد القذف وان كان شرطا لكنها لا تنبطل بالتوبة لان
بطلانها برد المال الي صاحبه ولم يوجد وقد روي عن علي رضي الله عنه انه
كتب اليه عامله بالبصرة ان حارثة بن بدر حارب الله ورسوله وسعي
في الارض فسادا فكتب اليه علي رضي الله عنه ان حارثة قد تاب قبل ان تقدر
عليه فلا تتعرض له الا بخير هذا اذا تاب قاطع الطريق قبل القدرة عليه
فاما اذا تاب بعد ما قدر عليه بان اخذ ثم تاب لا يسقط عنه الحد لان
التوبة عن السرقة اذا اخذ المال برد المال علي صاحبه وبعد الاخذ لا
يكون رد المال بل يكون استردادا منه جبرا فلا يسقط الحد واذا لم ياخذ
المال فهو بعد الاخذ متهم في اظهار التوبة فلا تتحقق توبته **فصل**
واما حكم سقوط الحد بعد الوجوب وحكم عدم الوجوب لمانع فنقول
وبالله التوفيق اذا سقط الحد عنهم بعد التوبة قبل ان يقدر عليهم فان
كانوا اخذوا المال لا غير ردوه علي صاحبه ان كان قايما وان كان هالكا او مستهلكا
فعليهم الضمان وان كانوا قتلوا لا غير يدفع من قتل منهم بسلاح الي الاوليا ليقتلوه
او يعفوا عنه ومن قتل بعصا او حجر فعلي عاقلته الدية لورثة المقتول وان
كانوا اخذوا المال وقتلوا فحكم اخذ المال والقتل عند الاجتماع ما هو حكمهما
عند الانفراد وقد ذكرناه وانما كان كذلك لان الحد اذا سقط بالتوبة قبل القدرة
صار حكم القتل واخذ المال وهلاكه واستهلاكه ما هو حكمها في غير قطع
الطريق وحكمها في غير قطع الطريق ما قلنا وان كانوا اخذوا المال وجرحوا
او اخذوا المال وقتلوا وجرحوا قوما او جرحوا قوما ولم يكن منهم اخذ اخذ

ولا قتل فحكم القتل والمال ما ذكرنا والجراحات فيها القصاص فيما يقدر فيه علي
الاقتصاص والارش فيما لا يقدر عليه لان عند سقوط الحد صار كان الجراحة حصلت
من غير قطع الطريق ولو كان كذلك كان حكمه ما ذكرنا فكذا هذا وكذلك ان قدر
عليهم قبل التوبة ولم يكن منهم قتل ولا اخذ مال وقد اخافوا قوما بجراحات يجب
القصاص فيما يستطاع فيه الاقتصاص والدية فيما لا يستطاع فيودعون السجن
لان الحبس وجب عليهم تعزيرا لاجل والتعزير لا يدخل فيه الجراحة بخلاف ما اذا
قدر عليهم قبل التوبة وقد قتلوا او اخذوا المال او جمعوا بينهما لان الواجب فيه الحد
فيدخل فيه الجراحة وكذلك اذا سقط الحد بالرجوع عن الاقرار لان الرجوع عن
الاقرار يصح في حق سقوط الحد اما لا يصح في حق ضمان المال والقصاص فيبقي اقراره
معتبرا في حقهما واما اذا كان السقوط بتكذيب الحجة من الاقرار او البينة لا شي
عليهم لان سبب الوجوب لم يثبت لان ثبوته بالحجة وقد بطلت اصلا وراسا
بخلاف الرجوع عن الاقرار لان الاصل ان اقرار المقر حجة في حقه الا انه تعذر اعتباره
بعد الرجوع في حق الحدود درا للحد بالشبهة فيبقي معتبرا في حق ضمان المال
والقصاص وهو الفرق وعلي هذا حكم عدم الوجوب لمانع بان فات شرط من
شرايط وجوب الحد نحو نقصان النصاب بان كان الماخوذ من المال لا يصيب
كل واحد منهم عشرة دراهم انهم يردونه ان كان قايما ويضمنون ان كان هالكا
او مستهلكا ومن قتل منهم فان كان بسلاح فعليه القصاص وان كان بعصا او حجر
فعلي عاقلته الدية ومن جرح يقتص فيما يمكن القصاص وفيما لا يمكن يجب الارش
لما ذكرنا ان الحد اذا امتنع وجوبه فقد حصل الاخذ والقتل والجراحة من غير
ربين قطاع الطريق وحكمها في غير قطع الطريق ما قلنا وكذلك اذا كان في المحا
صبي او مجنون حتي امتنع وجوب الحد يدفع كل عاقل بالغ قتل منهم بسلاح الي
الاوليا فيقتلون او يعفون وان كان الذي ولي القتل منهم صبي او مجنون
فعلي عاقلته الدية وان كان قتل بسلاح لان الصبي والمجنون ليسا من اهل وجوب
القصاص عليهما فكان عمدهما خطا وان كانا اخذا المال ضمناه لانهما من اهل وجوب
ضمان المال وكذلك اذا امتنع وجوب الحد علي القطاع لمعني من المعاني رجعوا
في ذلك الي حكم غير القطاع والله اعلم **فصل** واما الحكم الذي يتعلق بالمال
فهو وجوب الرد ان كان قايما بعينه ولصاحبه ان ياخذه اينما وجده سوا وجده
في يد المحارب او في يد من ملكه المحارب ببيع او هبة او غير ذلك ولو تغير المال
الي الزيادة او النقصان فقد ذكرنا حكمه في كتاب السرقة والله اعلم

كتاب الحدود

جمع محمد رحمه الله بين مسايل الحدود وبين مسايل التعزير وبدا بمسايل الحدود
فنبدا بما بدا به فنقول وبالله التوفيق الكلام في الحدود في مواضع في بيان معنى الحد
لغة وشرعا وفي بيان اسباب وجوب الحدود وشرايط وجوبها وفي بيان ما
يظهر به وجوبها عند القاضي وفي بيان صفاتها وفي بيان مقدار الواجب
منها وفي بيان شرايط جواز اقامتها وفي بيان كيفية اقامتها وموضع الاقامة
وفي بيان ما يسقطها بعد الوجوب وفي بيان حكمها اذا اجتمعت وفي بيان حكم
المحدود اما الاول فالحد في اللغة عبارة عن المنع ومنه سمي البواب حدادا
لمنعه الناس عن الدخول وفي الشرع عبارة عن عقوبة مقدرة واجبة حقا لله
تعالى بخلاف التعزير فانه ليس بمقدر قد يكون بالضرب وقد يكون بالحبس
وقد يكون بغيرهما وبخلاف القصاص فانه وان كان عقوبة مقدرة لكنه يجب حقا
للعبد حتى يجري فيه العفو عنه والصلح سمي هذا النوع من العقوبة حدا لانه
يمنع صاحبه اذا لم يكن متلفا وغيره بالمشاهدة ويمنع من يشاهد ذلك ويعاينه
اذا لم يكن متلفا لانه يتصور حلول تلك العقوبة بنفسه لو باشر تلك الجناية
فيمنعه ذلك عن المباشرة فصل واما بيان اسباب وجوبها فلا يمكن
الوصول اليه الا بعد معرفة انواعها لان سبب وجوب كل نوع يختلف باختلاف
النوع فنقول الحدود خمسة انواع حد السرقة وحد الزنا وحد الشرب
وحد السكر ((وحد القذف صح)) اما حد السرقة فسبب وجوبه السرقة وقد ذكرنا ركن
السرقة وشرايط الركن في كتاب السرقة واما حد الزنا فنوعان جلد ورجم
وسبب وجوب كل واحد منهما واحد وهو الزنا وانما يختلفان في الشرط وهو
الاحصان فالاحصان شرط لوجوب الرجم وليس بشرط لوجوب الجلد فلا بد من
معرفة الزنا والاحصان في عرف الشرع اما الزنا فهو اسم للوطي الحرام في قبل
المراة الحية في حالة الاختيار في دار العدل ممن التزم احكام الاسلام العاري عن
حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن
شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح جميعا والاصل في اعتبار الشبهة
في هذا الباب الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود
بالشبهات ولان الحد عقوبة متكاملة فيستدعي جناية متكاملة والوطي في
القبل في غير ملك ولا نكاح لا يتكامل جناية الا عند انتفاء الشبهة كلها اذا
عرف الزنا في عرف الشرع فيخرج عليه بعض المسايل فنقول الصبي والمجنون

الاحصان بالتركي ...

اذا وطي امراة اجنبية لا حد عليه لان فعلهما لا يوصف بالحرمة فلا يكون الوطي منهما
زنا ولا حد على المراة اذا طاوعته عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر والشافعي عليها
الحد ولا خلاف في ان العاقل البالغ اذا زنا بصبية او مجنونة ان عليه الحد ولا حد
عليها لهما ان المانع من وقوع الفعل زنا خص احد الجانبين فيختص به المنع
كالعاقل البالغ اذا زنا بصبية او مجنونة انه يجب عليه الحد وان كان لا يجب عليها
لما قلنا كذا هذا ولنا ان وجوب الحد على المراة في باب الزنا ليس لكونها زانية
لان فعل الزنا لا يتحقق منها وهو الوطي لانها موطوءة وليست بواطية وتسميتها
زانية في الكتاب العزيز مجاز لا حقيقة وانما وجب عليها لكونها مزنيا بها وفعل
الصبي والمجنون ليس بزنا فلا ((لم يكن صح)) هي مزنيا بها فلا يجب عليها الحد وفعل الزنا يتحقق
من العاقل البالغ وكانت الصبية او المجنونة مزنيا بها الا ان الحد لم يجب عليها
لعدم الاهلية والاهلية ثابتة في جانب الرجل فيجب وكذلك الوطي في الدبر في
الانثى او الذكر لا يوجب الحد عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان حراما لعدم الوطي
في القبل فلم يكن زنا وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي رضي الله عنهم يوجب
الحد وهو الرجم ان كان محصنا والجلد ان كان غير محصن لا لانه زنا بل لانه في معنى
الزنا المشاركة له في المعنى المستدعي لوجوب الحد وهو الوطي الحرام على وجه
التمحض وكان في معنى الزنا فورود النص بايجاب الحد هناك يكون ورودا
هاهنا دلالة ولابي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا ان اللواطة ليست بزنا لما ذكرنا ان
الزنا اسم للوطي في قبل المراة الا ترى انه يستقيم ان يقال لاط وما زنا وزنا وما لاط
ويقال فلان لوطي وفلان زان وكذا يختلفان اسما واختلاف الاسامي دليل اختلاف
المعاني في الاصل ولهذا اختلف الصحابة رضي الله عنهم في حد هذا الفعل ولو
كان زنا لم يكن لاختلافهم معنى لان موجب الزنا كان معلوما لهم بالنص فثبت
انه ليس بزنا ولا في معنى الزنا ايضا لما في الزنا من اشتباه الانساب وتضييع
الولد ولم يوجد ذلك في هذا الفعل انما فيه تضييع الما المهين الذي يباح
مثله بالعزل وكذا ليس في معناه فيما شرع له الحد وهو الزجر لان الحاجة الى
شرع الزاجر فيما يغلب وجوده ولا يغلب وجود هذا الفعل لان وجوده يتعلق
باختيار شخصين ولا اختيار الا لداع يدعوا اليه ولا داعي في جانب المحل اصلا
وفي الزنا وجد الداعي من الجانبين جميعا وهو الشهوة المركبة فيهما جميعا فلم
يكن في معنى الزنا فورود النص هناك لا يكون ورودا هاهنا وكذا اختلاف
اجتهاد الصحابة رضوان الله عليهم دليل على ان الموجب بهذا الفعل هو التعزير

لوجهين احدهما ان التعزير هو الذي يحتمل الاختلاف في القدر والصفة لا الحد
والثاني انه لا مجال للاجتهاد في الحد بل لا يعرف الا بالتوقيف وللاجتهاد مجال
في التعزير وكذا وطي المراة الميتة لا يوجب الحد ويوجب التعزير لعدم وطي المراة
الحية وكذا وطي البهيمة وان كان حراما لانعدام الوطي في قبل المراة فلم يكن زنا ثم
ان كانت البهيمة ملك الواطي قيل انها تذبح ولا توكل ولا رواية فيه عن اصحابنا
رحمهم الله لكن روي محمد عن عمر رضي الله عنه انه لم يحد واطي البهيمة وامر
بالبهيمة حتى احرقت بالنار وكذلك الوطي في دار الحرب او في دار البغي لا يوجب — وكذلك الوطي عن اكراه لا يوجب الحد صح
الحد حتى ان من زنا في دار الحرب او دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد
لان الزنا لم ينعقد سببا لوجوب الحد حين وجوده لعدم الولاية فلا
يستوفي بعد ذلك وكذلك الحربي المستامن اذا زنا بمسلمة او ذمية او
ذمي زنا بحربية مستامنة لا حد على الحربي والحربية عند ابي حنيفة ومحمد
وعند ابي يوسف يحدان وجه قوله انه لما دخل دار الاسلام فقد التزم
احكام الاسلام مدة اقامته فيها فصار كالذمي ولهذا يقام عليه حد القذف
كما يقام على الذمي ولهما انه لم يدخل دار الاسلام على سبيل الاقامة والتوطن
بل على سبيل العارية ليتعامل لنا ونعامله ثم يعود فلم يكن دخوله دار الاسلام دلالة
التزامه حق الله تعالى خالصا بخلاف حد القذف لانه لما طلب الامان من
المسلمين فقد التزم ايمانهم على الابد بنفسه وظهر حكم الاسلام ثم تحد — في حقه صح
المسلمة والذمية عند ابي حنيفة وعند محمد لا تحد ويحد الذمي بلا خلاف
وجه قول محمد ان الاصل فعل الرجل وفعلها تبع فلما لم يجب على الاصل لا
يجب على التابع كالمطاوعة ~~للصبي~~ للصبي والمجنون وجه قول ابي حنيفة
ان فعل الحربي حرام محض الا ترى انه يواخذ به وكان زنا وكانت هي مزنيا بها
الا ان الحد لم يجب على الرجل لعدم التزامه احكامنا وهذا امر يخصه ويحد الذمي
لانه بالذمة والعهد التزم احكام الاسلام مطلقا الا بقدر ما وقع الاستثنا له
ولم يوجد ههنا وكذلك وطي الحايض والنفسا والصايمة والمحرمة والموطوة
بشبهة والتي ظاهر منها او الى منها لا يوجب الحد وان كان حراما لقيام الملك
او النكاح فلم يكن زنا وكذلك وطي الجارية المشتركة والمجوسية والمرتدة
والكاتبة والمحرمة برضاع او صهرية او جمع لقيام الملك وان كان حراما وعلم
بالحرمة وكذلك وطي الاب جارية الابن لا يوجب الحد وان علم بالحرمة لان له
في مال ابنه شبهة الملك وهو الملك من وجه او حق الملك لقوله صلى الله عليه وسلم

انت

انت ومالك لابيك فظاهر اضافة مال الابن الى الاب بحرف اللام يقتضي حقيقة الملك
فلان تقاعد عن افادة الحقيقة فلا يتقاعد عن ايراث الشبهة او حق الملك
وكذلك وطي جارية المكاتب لان المكاتب عندنا عبد ما بقي عليه درهم فكان مملوك
المولى رقبة وملك الرقبة يقتضي ملك الكسب فان لم يثبت مقتضاه حقيقة
فلا اقل من الشبهة وكذلك وطي جارية العبد الماذون سوا كان عليه دين او لم
يكن اما اذا لم يكن عليه دين فظاهر لانها ملك المولى وكذلك ان كان عليه دين
لان رقبة الماذون ملك المولى وملك الرقبة يقتضي ملك الكسب كما في جارية
المكاتب وبل اولى لان كسب الماذون اقرب الى المولى من كسب المكاتب فلما لم
يجب الحد هناك فههنا اولى ولان هذا الملك محل الاجتهاد لان العلما اختلفوا فيه
واختلافهم يورث شبهة فاشبه وطيا حصل في نكاح هو محل الاجتهاد فلا
يوجب الحد كذا هذا وكذلك وطي الجد ابو الاب وان علا عند عدم الاب
بمنزلة وطي الاب لان له ولادا فينزل منزلة الاب وكذلك الرجل من الغانمين اذا
وطي جارية من المغنم قبل القسمة بعد الاحراز بدار الاسلام او قبله لا حد عليه وان
علم ان وطيها عليه حرام لثبوت الحق له بالاستيلا لانعقاد سبب الثبوت
فان لم يثبت فلا اقل من ثبوت الحق فيورث شبهة ولو جاءت هذه الجارية
بولد فادعاه لا يثبت نسبه منه لان ثبوت النسب يعتمد الملك في المحل اما
من كل وجه او من وجه ولم يوجد قبل القسمة بل الموجود حق عام وانه
يكفي لسقوط الحد ولا يكفي لثبوت النسب وكذلك وطي امراة تزوجها بغير
شهود او بغير ولي عند من لا يجيزه لا يوجب الحد لان العلما اختلفوا منهم
من قال يجوز النكاح بدون الشهادة والولاية فاختلافهم يورث شبهة وكذلك
اذا تزوج معتدة الغير او مجوسية او مدبرة او امة على حرة او امة بغير اذن — او العبد تزوج امراة بغير اذن مولاه او امراة تزوجت العبد بغير اذن مولاه صح
مولاها فوطيها لا حد عليه لوجود لفظ النكاح من الاهل في المحل وانه يوجب
شبهة وكذلك اذا نكح محارمه او الخامسة او اخت امراته فوطيها لا حد
عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وان علم بالحرمة وعليه التعزير وعند ابي يوسف
ومحمد والشافعي رحمة الله عليهم عليه الحد والاصل عند ابي حنيفة رحمه الله ان
النكاح اذا وجد من الاهل مضافا الى محل قابل لمقاصد النكاح يمنع وجوب الحد
سوا كان حلالا او حراما وسوا كان التحريم مختلفا فيه او مجمعا عليه وسوا
ظن الحل فادعى الاشتباه او علم بالحرمة والاصل عند ابي يوسف ومحمد ان النكاح
اذا كان محرما على التابيد او كان تحريمه مجمعا عليه يجب الحد وان لم يكن محرما

على التابيد او كان تحريمه مختلفا فيه لا يجب عليه وجه قولهم ان هذا نكاح اضيف
الى غير محله فيلغوا ودليل عدم المحلية ان محل النكاح هي المراة المحللة لقوله تعالى
واحل لكم ما وراء ذلكم والمحارم محرمات على التابيد لقوله تعالى حرمت عليكم
امهاتكم وبناتكم الاية الا انه اذا ادعى الاشتباه وقال ظننت انها تحل لي يسقط
الحد لانه ظن ان صيغة لفظ النكاح من الاهل في المحل دليل الحل فاعتبر هذا الظن في
حقه وان لم يكن معتبرا حقيقة اسقاطا لما يندرئ بالشبهات فاذا لم يدع خلا
الوطي عن الشبهة فيجب الحد وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان لفظ النكاح
صدر من اهله مضافا الى محله فيمنع وجوب الحد كالنكاح بغير شهود ونكاح
المعتدة ونحو ذلك ولا شك في وجود لفظ النكاح والاهلية والدليل عليه على
المحلية ان محل النكاح هو الانثى من بنات ادم بالنصوص والمعقول اما
النصوص فقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله ومن اياته ان خلق
لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وقوله وانه خلق الزوجين الذكر والانثى
جعل الله النساء على العموم والاطلاق محل النكاح والزوجية واما المعقول
فلان الانثى من بنات ادم محل صالح لمقاصد النكاح من السكنى والولد والتحصين
وغيرها وكانت محلا لحكم النكاح لان حكم التصرف وسيلة الى ما هو المقصود
من التصرف فلو لم تجعل محل المقصود محل الوسيلة لم يثبت معنى التوسل الا ان
الشرع اخرجها من ان تكون محلا للنكاح شرعا مع قيام المحلية حقيقة فقيام
صورة العقد والمحلية تورث شبهة اذ الشبهة اسم لما يشبه الثابت وليس
بثابت ونقول وجد ركن النكاح والاهلية والمحلية على ما بينا الا انه فات
شرط الصحة فكان نكاحا فاسدا والوطي في النكاح الفاسد لا يكون زنا بالاجماع
وعلى هذا ينبغي ان يعلل فيقال هذا الوطي ليس بزنا فلا يوجب حد الزنا قياسا
على النكاح بغير شهود وساير الانكحة الفاسدة ولو وطي جارية الاب او الام
فان ادعى الاشتباه بان قال ظننت انها تحل لي لم يجب الحد وان لم يدع يجب
وهو تفسير شبهة الاشتباه وانها تعتبر في سبعة مواضع جارية الاب وجارية
الام وجارية المنكوحة والمطلقة ثلاثا ما دامت في العدة وام الولد ما دامت
تعتد منه والعبد اذا وطي جارية مولاه والجارية المرهونة اذا وطيها المرتهن
في رواية كتاب الرهن وفي رواية كتاب الحدود يجب الحد ولا يعتبر ظنه اما
اذا وطي جارية ابيه او امه او زوجته فلان الرجل له تبسط في مال ابويه وزوجته
وينتفع به من غير استيذان وحشمة عادة الا ترى انه يستخدم جارية ابويه

ومنكوحته

ومنكوحته من غير استيذان وظن ان هذا النوع من الانتفاع مطلق له شرعا ايضا
وهذا وان لم يصلح دليلا على الحقيقة لكنه لما ظنه دليلا اعتبر في حقه لاسقاط
ما يندرئ بالشبهات واذا لم يدع ذلك فقد عري الوطي عن الشبهة فتمحض
حراما فيجب الحد ولا يثبت نسب الولد سواء ادعى الاشتباه او لا لان ثبات
النسب يعتمد قيام معنى في المحل وهو الملك من كل وجه او من وجه
ولم يوجد ولو ادعى احدهما الظن ولم يدع الاخر لا حد عليهما ما لم يقرا جميعا
انهما قد علما بالحرمة لان الوطي يقوم بهما جميعا فاذا تمكنت فيه الشبهة
من احد الجانبين فقد تمكنت من الجانب الاخر ضرورة واما من سوى الاب
والام من ساير ذوي الرحم المحرم كالاخ والاخت ونحوهما اذا وطي جاريته يجب
الحد وان قال ظننت انها تحل لي لان هذا دعوى الاشتباه في غير موضع الاشتباه
لان الانسان لا ينبسط بالانتفاع بمال اخيه واخته عادة فلم يكن هذا ظنا
مستندا الى دليل فلا يعتبر وكذا اذا وطي جارية ذات رحم محرم من امراته
لما قلنا واما اذا وطي المطلقة ثلاثا في العدة فلان النكاح قد زال في حق
الحل اصلا لوجود المبطل لحل المحلية وهو الطلقات الثلاث وانما بقي في
حق الفراش والحرمة على الازواج فقط فتمحض الوطي حراما فكان زنا فيوجب
الحد الا اذا ادعى الاشتباه وظن الحل لانه بنى ظنه على نوع دليل وهو
بقاء النكاح في حق الفراش وحرمة الازواج فظن انه بقي في حق الحل ايضا
وهذا وان لم يصلح دليلا على الحقيقة لكنه لما ظنه دليلا اعتبر في حقه
درءا لما يندرئ بالشبهات وان كان طلقها واحدة بائنة لم يجب الحد
وان قال علمت انها علي حرام لان زوال الملك بالابانة وساير الكنايات
مجتهد فيه لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فان مثل عمر رضي الله عنه
يقول في الكنايات انها رواجع وطلاق الرجعي لا يزيل الملك فاختلافهم يورث
شبهة ولو خالعها او طلقها على مال فوطيها في العدة ذكر الكرخي انه ينبغي
ان يكون الحكم فيه كالحكم في المطلقة ثلاثا وهو الصحيح لان زوال الملك
بالخلع والطلاق على مال مجمع عليه فلم تتحقق الشبهة فيجب الحد الا اذا
ادعى الاشتباه لما ذكرنا في المطلقة ثلاثا وكذلك اذا وطي ام ولده وهي تعتد
منه بان اعتقها لان زوال الملك بالاعتاق مجمع عليه فلم تثبت الشبهة
واما العبد اذا وطي جارية مولاه لا يحد لان للعبد منبسطا في مال المولى
عادة بالانتفاع فكان وطيه مستندا الى ما هو دليل في حقه فاعتبر في حقه

لاسقاط الحد واذا لم يدع يحد لعرا الوطي عن الشبهة واما المرتهن اذا وطي الجارية
المرهونة فوجه رواية كتاب الرهن ان يد المرتهن يد استيفا الدين فصار المرتهن
مستوفيا الدين من الجارية يدا فقد وطي جارية هي مملوكة له يدا فلا يجب الحد
كالجارية المبيعة اذا وطيها البايع قبل التسليم الا اذا ادعى الاشتباه وقال
ظننت انها تحل لي لانه استند ظنه الى نوع دليل وهو ملك اليد فيعتبر
في حقه درا للحد واذا لم يدع فلا شبهة فلابد فيجب الحد ووجه رواية كتاب
الحدود ان الاستيفا في باب الرهن انما يتحقق من مالية الرهن لا من عينه لان
الاستيفا لا يتحقق الا في الجنس ولا مجانسة بين التوثيق وبين عين الجارية
فلا يتصور الاستيفا من عينها فلا يعتبر ظنه ولو وطي البايع الجارية المبيعة
قبل التسليم لا حد عليه وكذلك الزوج اذا وطي الجارية التي تزوج عليها قبل
التسليم لان ملك الرقبة وان زال بالبيع والنكاح فملك اليد قايم فيورث
شبهة ولو وطي المستاجر جارية الاجارة والمستعير جارية الاعارة والمستودع
جارية الوديعة يحد وان قال ظننت انها تحل لي لان هذا ظن عرا عن دليل
وكان في غير موضعه فلا يعتبر ولو زفت اليه غير امراته وقلن النسا ان
هذه امراتك فوطيها لا حد عليه منهم من قال انما لم يجب الحد لشبهة الاشتباه
وهذا غير سديد فانها اذا جاءت بولد يثبت النسب ولو كان امتناع الوجوب
لشبهة الاشتباه ينبغي ان لا يثبت لان النسب لا يثبت في شبهة الاشتباه
فيما ذكرنا من المسايل وههنا يثبت النسب دل ان الامتناع ليس لشبهة
الاشتباه بل لمعنى اخر وهو ان وطيها بنا على دليل ظاهر يجوز بنا الوطي عليه
وهو الاخبار بانها امراته بل لا دليل ههنا سواه فلئن تبين الامر بخلافه
فقيام الدليل المبيح من حيث الظاهر يورث شبهة ولو وطي اجنبية وقال
ظننت انها امراتي او جاريتي او شبهتها بامراتي او جاريتي يجب الحد لان
هذا الظن غير معتبر لعدم استناده الى دليل فكان ملحقا بالعدم فلا يحل
الوطي بنا على هذا الظن ما لم يعرف انها امراته بدليل اما بكلامها او
باخبار مخبر ولم يوجد ثم انا لو اعتبرنا هذا الظن في اسقاط الحد لم يقم
حد الزنا في موضع ما اذ الزاني لا يعجز عن هذا القدر فيودي الى سد باب
الحد وهكذا روي عن ابراهيم النخعي رحمه الله انه قال لو قبل هذا لما اقيم الحد
على احد وكذلك لو كان الرجل اعمى فوجد امراة في بيته فوقع عليها وقال
ظننتها امراتي عليه الحد لان هذا ظن لم يستند الى دليل اذ قد يكون في البيت

ممن

ممن لا يجوز وطيها من المحارم والاجنبيات فلا يحل الوطي بنا على هذا الظن
فلم تثبت الشبهة وروي عن محمد رحمه الله في رجل اعمى دعا امراته فقال
يا فلانة فاجابت غيرها فوقع عليها انه يحد ولو اجابته غيرها وقالت
انا فلانة فوقع عليها لم يحد ويثبت النسب وهي كالمراة المزفوفة الى
غير زوجها لانه لا يحل له وطيها بنفس الاجابة ما لم تقل انا فلانة لان الاجابة
قد تكون من التي ناداها وقد تكون من غيرها فلا يجوز بنا الوطي على نفس
الاجابة فاذا فعل لم يعذر بخلاف ما اذا قالت انا فلانة فوطيها لانه
لا سبيل للاعمى الى ان يعرف انها امراته الا بذلك الطريق فكان
معذورا فاشبه المراة المزفوفة حتى لو كان الرجل بصيرا لا يصدق
على ذلك لامكان الوصول الى انها امراته بالروية وروي عن زفر
نائمة رحمه الله في رجل اعمى وجد على فراشه او مجلسه امراة فوقع عليها وقال
ظننتها امراتي يدرا عنه الحد وعليه العقر وقال ابو يوسف لا يدرا
وطئ ووجه قوله زعم انه ظن في موضع الظن اذ الظاهر انه لا ينام على فراشه
غير امراته وكان ظنه مستندا الى دليل ظاهر فيوجب درا الحد كما لو زفت
اليه غير امراته فوطيها ووجه قول ابي يوسف رحمه الله ان النوم على الفراش
لا يدل على انها امراته لجواز ان تنام على فراشه غير امراته فلا يجوز
استحلال الوطي بهذا القدر فاذا استحل وظهر الامر بخلافه لم يكن
معذورا فلا يعتبر ظنه والله اعلم فصل واما الاحصان فالاحصان نوعان
احصان الرجم واحصان القذف اما احصان الرجم فهو في الشرع عبارة
عن اجتماع صفات اعتبرها الشرع لوجوب الرجم وهي سبعة العقل
والبلوغ والحرية والاسلام والنكاح الصحيح وكون الزوجين جميعا على
هذه الصفات وهو ان يكونا جميعا عاقلين بالغين حرين مسلمين فوجود
هذه الصفات فيهما جميعا شرط لكون كل واحد منهما محصنا والدخول
في النكاح الصحيح بعد ساير الشرايط متاخرا عنها وان تقدمها لم يعتبر
ما لم يوجد دخول اخر بعدها فلا احصان للصبي والمجنون والعبد
والكافر ولا بالنكاح الفاسد ولا بنفس النكاح ما لم يوجد الدخول وما لم
يكن الزوجان جميعا وقت الدخول على صفة الاحصان حتى ان الزوج العاقل
البالغ الحر المسلم اذا دخل بزوجته وهي صبية او مجنونة او امة او كتابية
ثم ادركت الصبية وافاقت المجنونة واعتقت الامة واسلمت الكتابية

لا يصير محصنا ما لم يوجد دخول اخر بعد زوال هذه العوارض حتى لو زنا
قبل دخول اخر لا يرجم فاذا وجدت هذه الصفات صار الشخص محصنا لان
الاحصان في اللغة عبارة عن الدخول في الحصن يقال احصن اي دخل الحصن
كما يقال اعرق اي دخل العراق واشام اي دخل الشام واحصن اي ادخل في
الحصن ومعناه دخل حصنا عن الزنا او ادخل فيه وانما يصير الانسان داخلا
في الحصن عن الزنا بعد توفر الموانع وكل واحد من هذه الجملة مانع من الزنا
بعد اجتماعها بتوفر الموانع واما العقل فلان للزنا عاقبة ذميمة واما
البلوغ فلان الصبي لنقصان عقله وقلة تامله لاشتغاله باللهو واللعب
لا يقف على عواقب الامور فلا يعرف الحميدة منها والذميمة واما الحرية
٣ والعقل يمنع عن ارتكاب كل ما له عاقبة ذميمة صح
فلان الحر يستنكف عن الزنا وكذا الحرة ولهذا لما قرا رسول الله صلى الله عليه وسلم
اية المبايعة على النسا وبلغ قوله تعالى ولا يزنين قالت هند امراة ابي
سفيان اوتزني الحرة يا رسول الله واما الاسلام فلانه نعمة كاملة
موجبة للشكر فيمتنع من الزنا الذي هو وضع الكفر في موضع الشكر واما
اعتبار اجتماع هذه الصفات في الزوجين جميعا فلان اجتماعها فيهما يشعر
بكمال حالهما وذا يشعر بكمال اقتضا الشهوة من الجانبين لان اقتضا
الشهوة بالصبية والمجنونة قاصر وكذا بالرقيق لكون الرق من نتايج
الكفر فينفر عنه الطبع وكذا بالكافرة لان طبع المسلم ينفر عن الاستمتاع
بالكافرة ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم لحذيفة رضي الله عنه حين اراد
ان يتزوج بيهودية دعها فانها لا تحصنك واما الدخول بالنكاح الصحيح
فلانه اقتضا الشهوة بطريق حلال فيقع به الاستغنا عن الحرام والنكاح
الفاسد لا يفيد الحل فلا يقع به الاستغنا واما كون الدخول اخر الشرايط
فلان الدخول قبل استيفا ساير الشرايط لا يقع اقتضا الشهوة على سبيل
الكمال فلا تقع الغنية به عن الحرام على التمام وبعد استيفايها تقع به
الغنية على الكمال والتمام فثبت ان هذه الجملة موانع عن الزنا فيحصل
بها معنى الاحصان وهو الدخول في الحصن عن الزنا ولا خلاف في هذه
الجملة الا في الاسلام فانه روي عن ابي يوسف انه ليس من شرايط الاحصان
حتى لا يصير المسلم محصنا بنكاح الكتابية والدخول بها في ظاهر الرواية
وكذلك الذمي العاقل البالغ الحر الثيب اذا زنا لا يرجم في ظاهر الرواية بل يجلد
وعلى ما روي عن ابي يوسف يصير المسلم محصنا بنكاح الكتابية ويرجم الذمي

وبه اخذ الشافعي واحتجا بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم
يهوديين ولو كان الاسلام شرطا لما رجم ولان اشتراط الاسلام للزجر
عن الزنا والدين المطلق يصلح للزجر عن الزنا لان الزنا حرام في الاديان
كلها ولنا في زنا الذمي قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد
منهما مائة جلدة اوجب الجلد على كل زان وزانية او على مطلق الزاني
والزانية من غير فصل بين المومن والكافر ومتى وجب الجلد انتفى
وجوب ~~الجلد~~ الرجم ضرورة ولان زنا الكافر لا يساوي زنا المسلم في كونه
جناية فلا يساويه في استدعا العقوبة كزنا البكر مع زنا الثيب وبيان
ذلك ان زنا المسلم اختص بمزيد قبح انتفى ذلك في زنا الكافر وهو
كون زناه وضع الكفران في موضع ~~الكفر~~ الشكر لان دين الاسلام نعمة ودين
الكفر ليس بنعمة وفي زنا المسلم بالكتابية قول النبي صلى الله عليه وسلم
لحذيفة حين اراد ان يتزوج يهودية دعها فانها لا تحصنك وقوله من اشرك
بالله فليس بمحصن والذمي مشرك على الحقيقة فلم يكن محصنا
وما ذكرنا ان في اقتضا الشهوة بالكافرة قصورا فلا يتكامل معنى النعمة
ولا يتكامل الزاجر قوله الزجر يحصل باصل الدين قلنا نعم لكنه لا يتكامل
الا بدين الاسلام لانه نعمة فيكون الزنا من المسلم وضع الكفران في موضع
الشكر ودين الكفر ليس بنعمة فلا يكون في كونه زاجرا مثله واما
حديث رجم اليهوديين فيحتمل انه كان قبل نزول اية الجلد فانتسخ
بها ويحتمل انه كان بعد نزولها ونسخ خبر الواحد اهون من نسخ
الكتاب واحصان كل واحد من الزانيين ليس بشرط لوجوب الرجم
على احدهما حتى لو كان احدهما محصنا والاخر غير محصن فالمحصن
منهما يرجم وغير المحصن يجلد ثم اذا ظهر احصان الزاني بالبينة او
بالاقرار يرجم بالنص والمعقول اما النص فالحديث المشهور وهو قول
النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث كفر
بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير حق وروي انه عليه السلام
رجم ماعزا وكان محصنا واما المعقول فهو ان المحصن اذا توفرت عليه
الموانع من الزنا فاذا اقدم عليه مع توفر الموانع صار زناه غاية في القبح فيجازى
بما هو غاية في العقوبات الدنياوية وهو الرجم لان الجزا على قدر الجناية
الا ترى ان الله تعالى توعد نسا النبي صلى الله عليه وسلم بمضاعفة العذاب

اذا اتين بفاحشة لعظم جنايتهن لحصولها مع توفر الموانع فيهن لعظم نعم الله
تعالى عليهن لنيلهن صحبة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومضاجعتهم فكان
جنايتهن على تقدير الاتيان غاية في القبح فاوعدن بالغاية من الجزا اذا
ها هنا ولا يجمع بين الجلد والرجم عند عامة العلما وقال بعض الناس يجمع بينهما
لظاهر قوله عليه السلام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة ولنا
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا ولم يجلده ولو وجب الجمع بينهما
لجمع ولان الزنا جناية واحدة فلا يوجب الا عقوبة واحدة والرجم والجلد
كل واحد منهما عقوبة على حدة فلا يجبان بجناية واحدة والحديث محمول
على الجمع بينهما في الجلد والرجم لكن في جانبين فيكون عملا بالحديث واذا فقد
شرط من شرايط الاحصان لا يرجم بل يجلد لان الواجب بنفس الزنا هو الجلد باية
الجلد ولان زنا غير المحصن لا يبلغ غاية في القبح فلا تبلغ عقوبته النهاية
فيكتفى بالجلد وهل يجمع بين الجلد والتغريب اختلف فيه قال اصحابنا لا يجمع الا
اذا راى الامام المصلحة في الجمع بينهما فيجمع وقال الشافعي رحمه الله يجمع
بينهما احتج بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ~~الجلد~~ البكر بالبكر جلد
مائة وتغريب عام وروي عن عمر رضي الله عنه انه جلد وغرب وكذا روي عن علي
رضي الله عنه انه فعل هكذا ولم ينكر عليهما احد ٢ فيكون اجماعا ولنا — ٢ الصحابة صح
قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والاستدلال به
من وجهين احدهما ان الله تعالى امر بجلد الزانية والزاني ولم يذكر التغريب
فمن اوجب التغريب فقد زاد على كتاب الله تعالى والزيادة على النص
نسخ ولا يجوز نسخ الكتاب بخبر الواحد والثاني انه جعل الجلد جزا والجزا
اسم لما يقع به الكفاية ماخوذ من الاجتزا وهو الاكتفا فلو اوجبنا التغريب
لا تقع الكفاية بالجلد وهذا خلاف النص ولان التغريب تعريض للمغرب
على الزنا لانه ما دام في بلده يمتنع عن العشاير والمعارف ادحيا منهم وبالتغريب
يزول هذا المعنى فيعري الداعي ٢ المانع فيقدم عليه والزنا قبيح فما افضى — ٢ عن صح
اليه مثله وفعل الصحابة رضي الله عنهم محمول على انهم راوا ذلك مصلحة على
طريق التعزير الا ترى انه روي عن عمر رضي الله عنه انه نفى رجلا فلحق بالروم
فقال لا انفي بعدها ابدا وعن علي رضي الله عنه انه قال كفى بالنفي فتنة فدل ان
فعلهم كان على طريق التعزير ونحن نقول ان للامام ان ينفي ان راى المصلحة في
التغريب ويكون النفي تعزيرا لا حدا والله اعلم واما احصان القذف فنذكره في حد

القذف

القذف ان شاء الله تعالى فصل واما حد الشرب فسبب وجوبه الشرب
وهو شرب الخمر خاصة حتى يجب الحد بشرب قليلها وكثيرها ولا يتوقف
الوجوب على حصول السكر منها وحد السكر سبب وجوبه السكر الحاصل بشرب
ما سوى الخمر من الاشربة المعهودة المسكرة كالسكر ونقيع الزبيب والمطبوخ
ادنى طبخة من عصير العنب او التمر او الزبيب والمثلث ونحو ذلك
فصل واما شرايط وجوبهما فمنها العقل ومنها البلوغ فلا حد
على المجنون والصبي الذي لا يعقل ومنها الاسلام فلا حد على الذمي والحربي
المستامن بالشرب ولا بالسكر في ظاهر الرواية ومنها عدم الضرورة في شرب
الخمر فلا حد على من اكره على الشرب ولا على من اصابته مخمصة وانما كان
كذلك لان الحد عقوبة محضة فيستدعي جناية محضة وفعل الصبي والمجنون
لا يوصف بالجناية وكذا الشرب لضرورة المخمصة والاكراه حلال فلم
يكن جناية وشرب الخمر ط لاهل الذمة عند اكثر مشايخنا فلا يكون جناية — ط مباح صح
وعند بعضهم وان كان حراما لكنا نهينا عن التعرض لهم وما يدينون وفي
اقامة الحد عليهم تعرض لهم من حيث المعنى لانها تمنعهم من الشرب
وعن الحسن بن زياد انهم اذا شربوا وسكروا يحدون لاجل السكر لا
لاجل الشرب لان السكر حرام في الاديان كلها وما قاله الحسن حسن ومنها
بقا اسم الخمر للمشروب وقت الشرب في حد الشرب لان وجوب الحد
بالشرب تعلق به حتى لو خلط الخمر بالما ثم شرب نظر فيه ان كانت
الغلبة للما لا حد عليه لان اسم الخمر يزول عند غلبة الما وان كانت الغلبة
للخمر او كانا سوا يجب لان اسم الخمر باق وهي عادة بعض الشربة انهم
يشربونها ممزوجا بالما ولذلك من شرب دردي الخمر لا حد عليه لان
دردي الخمر لا يسمى خمرا وان كان لا يخلو عن اجزا الخمر واما الذكورة فليست
بشرط حتى يجب الحد على الذكر والانثى واما الحرية فكذلك الا ان حد
الرقيق يكون على النصف من حد الحر ولا حد على من يوجد منه رايحة الخمر
لان وجود رايحة الخمر لا تدل على شرب الخمر لجواز انه تمضمض بها ولم
يشربها او شربها عن اكراه او مخمصة ولذلك من تقيا خمرا لا حد عليه
لما قلنا والله اعلم واما الاشربة التي تتخذ من الاطعمة كالحنطة والشعير
والدخن والذرة والعسل والتين والسكر ونحوها فلا يجب الحد بشربها
لان شربها حلال عند ابي حنيفة ~~ومحمد~~ وابي يوسف وعند محمد وان

لان حرامًا لكن حرمة هي محل الاجتهاد فلم يكن شربها جناية محضة فلا يتعلق
بها عقوبة محضة ولا بالسكر منها هو الصحيح لان الشرب اذا لم يكن حرامًا
اصلا فلا عبرة بنفس السكر كشرب البنج ونحوه فصل واما حد القذف
فسبب وجوبه القذف بالزنا لانه نسبة الى الزنا وفيها الحاق العار بالمقذوف
فيجب الحد دفعا للعار عنه فصل واما شرايط وجوبه فانواع بعضها
يرجع الى القاذف وبعضها يرجع الى المقذوف وبعضها يرجع اليهما جميعا
وبعضها الى المقذوف ح۲ وبعضها يرجع الى نفس القذف اما الذي يرجع الى [۲ وبعضها الى المقذوف نسخه صح]
القاذف فانواع ثلاثة احدها العقل والثاني البلوغ حتى لو كان القاذف
صبيا او مجنونا لا حد عليه لان الحد عقوبة فيستدعي كون القذف جناية
وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بكونه جناية والثالث عدم اتيانه
باربعة شهدا فان اتى بهم لا حد عليه لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات
ثم لم ياتوا باربعة شهدا فاجلدوهم ثمانين جلدة علق وجوب اقامة الحد
بعدم الاتيان باربعة شهود وليس المراد منه عدم الاتيان في جميع العمر بل
عند القذف والخصومة اذ لو حمل على الابد لما اقيم حد اصلا اذ لا يقام بعد
الموت ولان الحد انما وجب لدفع عار الزنا عن المقذوف واذا ظهر زناه
بشهادة الاربع لا يحتمل الاندفاع بالحد ولان هذا شرط ينزجر عن قذف المحصنات
واما حرية القاذف واسلامه وعفته عن فعل الزنا فليس بشرط فيحد الرقيق
والكافر ومن لا عفة له عن الزنا والشرط احصان المقذوف لا احصان
القاذف فصل واما الذي يرجع الى المقذوف فشيان احدهما ان يكون [م] [خمسة]
محصنا رجلا كان او امراة وشرايط احصان القذف خمسة العقل والبلوغ [شرايط احصان القذف]
والحرية والاسلام والعفة عن الزنا فلا يجب الحد بقذف الصبي والمجنون
والرقيق والكافر ومن لا عفة له عن الزنا اما العقل [۲] فلان الزنا لا يتصور من [۲ والبلوغ صح]
الصبي والمجنون فكان قذفهما بالزنا كذبا محضًا فيوجب التعزير لا الحد
واما الحرية فلان الله تعالى شرط الاحصان في اية القذف وهي قوله تعالى
والذين يرمون المحصنات والمراد من المحصنات هاهنا الحراير لا العفايف
عن الزنا بدلالة ان الحرية شرط ولانا لو اوجبنا على قاذف المملوك الجلد لاوجبنا
ثمانين وهو لو اتى بحقيقة الزنا لا يجلد الا خمسين وهذا لا يجوز لان القذف
نسبة الى الزنا وانه دون حقيقة الزنا واما الاسلام والعفة عن الزنا فلقوله تعالى
والذين يرمون المحصنات الغافلات المومنات والمحصنات الحراير والغافلات

العفايف

العفايف عن الزنا والمومنات معلومة فدل ان الايمان والعفة عن الزنا والحرية
شرط ودلت هذه الاية على ان المراد من المحصنات في هذه الاية الحراير لا العفايف
لانه جمع في هذه الاية بين المحصنات والغافلات في الذكر والغافلات العفايف
ولو اريد بالمحصنات العفايف لكان تكرارا ولان الحد انما يجب لدفع العار عن
المقذوف ومن لا عفة له عن الزنا لا يلحقه العار بالقذف بالزنا وكذا قول النبي صلى الله
عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن يدل على ان الاسلام شرط ولان الحد انما
وجب بالقذف دفعا لعار الزنا عن المقذوف وما في الكافر من عار الكفر اعظم
والله اعلم ثم تفسير العفة عن الزنا هو ان لم يكن المقذوف وطي في عمره وطيا
حرامًا في غير ملك ولا نكاح ۲ فاسد فسادا مجمعًا عليه في السلف فان كان فعل [۲ اصلا ولا في نكاح م]
سقطت عفته سواء كان الوطي زنا موجبا للحد او لم يكن بعد ان يكون على الوصف
الذي ذكرنا وان كان وطي وطيا حراما لكن في الملك او النكاح حقيقة او في نكاح
فاسد لكن فسادا هو محل الاجتهاد لا تسقط عفته وبيان هذه الجملة في
مسايل اذا وطي امراة لشبهة بان زفت اليه غير امراته فوطيها سقطت
عفته لوجود الوطي الحرام في غير ملك ولا نكاح اصلا الا انه لم يجب الحد لقيام
الدليل المبيح من حيث الظاهر على ما ذكرنا فيما تقدم وكذلك اذا وطي جارية
مشتركة بينه وبين غيره لان الوطي يصادف كل الجارية وكلها ليس ملكه فيصادف
ملك الغير لا محالة فكان الفعل زنا من وجه لكن درئ الحد للشبهة وكذلك
اذا وطي جارية ابويه او زوجته او جارية اشتراها وهو يعلم انها لغير
البايع ثم استحقت لما قلنا وكذلك لو وطي جارية ابنه فا علقها او لم يعلقها
لوجود الوطي المحرم في غير ملك حقيقة ولو وطي الحايض والنفسا والصايمة
او المحرمة او الحرة التي ظاهر منها او الامة المزوجة لم تسقط عفته لقيام
الملك او النكاح حقيقة وانه محلل الا انه منع من الوطي لغيره وكذا اذا وطي
مكاتبته في قول ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف
وفي رواية اخرى عنه وهو قول زفر تسقط عفته وجه قولهما ان هذا
وطي حصل في غير الملك لان عقد الكتابة اوجب زوال الملك في حق الوطي الا
ترى انه لا يباح له ان يطاها وكذا المهر يكون لها لا للمولى وهذا دليل
زوال الملك في حق الوطي ولنا ان الوطي يصادف الذات وملك الذات قايم
بعد الكتابة فكان الملك المحلل قايما وانما الزايل ملك اليد فمنع من الوطي لما
فيه من استرداد يدها على نفسها فاشبهت الجارية المزوجة ولو تزوج

معتدة الغير او منكوحة الغير او مرتدة او مجوسية او اخته من الرضاع سقطت
عفته سواء علم او لم يعلم في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد اذا كان لا
يعلم لا تسقط وجه قولهما انه اذا لم يعلم لا يكون الوطي حراما بدليل انه لا ياثم
ولو كان حراما لاثم واذا لم يكن حراما لم تسقط العفة ولابي حنيفة ان حرمة الوطي
هاهنا ثابتة بالاجماع الا ان الاثم منتف والاثم ليس من لوازم الحرمة على ما عرف
واذا كانت الحرمة ثابتة بيقين سقطت العفة ولو قبل امراة بشهوة او
نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج بابنتها فوطيها او تزوج بامها فوطيها لا تسقط
عفته في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد تسقط وجه قولهما ان
التقبيل او النظر اوجب حرمة المصاهرة وانها حرمة موبدة فتسقط العفة
كحرمة الرحم المحرم ولابي حنيفة ان هذه الحرمة ليست مجمعا عليها بل هي محل
الاجتهاد في السلف فلا تسقط العفة فاما اذا تزوج امراة فوطيها ثم تزوج
ابنتها او امها فوطيها تسقط عفته بالاجماع لان هذا النكاح مجمع على
فساده فلم يكن محل الاجتهاد ولو تزوج امراة بغير شهود فوطيها سقطت
عفته لان فساد هذا النكاح مجمع عليه لا اختلاف فيه في السلف اذ لا يعرف
الخلاف فيه بين الصحابة رضي الله عنهم فلا يعتد بخلاف مالك فيه ولو تزوج
امة وحرة في عقدة واحدة فوطيهما او تزوج امة على حرة فوطيها لم تسقط
عفته لان فساد هذا النكاح ليس مجمعا عليه في السلف بل هو محل الاجتهاد
فالوطي فيه لا يوجب سقوط العفة ولو تزوج ذمي امراة هي ذات رحم محرم منه
ثم اسلم فقذفه رجل ان كان قد دخل بها بعد الاسلام سقطت عفته بالاجماع
وان كان الدخول في حال الكفر لم تسقط في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف
ومحمد تسقط هكذا ذكر الكرخي وذكر محمد في الاصل انه يسقط احصانه
ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح ~~وعند ابي يوسف ومحمد~~ لان هذا النكاح
مجمع على فساده وانما سقط الحد على اصل ابي حنيفة لنوع شبهة والله اعلم
ولا حد على من قذف امراة محدودة في الزنا او معها ولد لا يعرف له اب
او لاعنت بولد لان امارة الزنا معها ظاهرة فلم تكن عفيفة فان لاعنت
بغير الولد او مع الولد لكنه لم يقطع النسب او قطع لكن الزوج عاد واكذب
نفسه والحق النسب بالاب حد لانه لم يظهر منها علامة الزنا فكانت
عفيفة والثاني ان يكون المقذوف معلوما فان كان مجهولا لا يجب الحد كما اذا
قال لجماعة كلكم زان الا واحدا او قال ليس فيكم زان الا واحدا او قال لرجلين

احدكما

احدكما زان فقال له رجل احدهما هذا فقال لا لا حد للاخر لانه لم يقذفه بصريح
الزنا ولا بما هو في معنى الصريح ولو قال لرجل جدك زان لا حد عليه لان اسم الجد
ينطلق على الاسفل وعلى الاعلى فكان المقذوف مجهولا ولو قال لرجل اخوك
زان فان كان له اخوة او اخوان سواه لا حد على القاذف لان المقذوف مجهول
وان لم يكن له الا اخ واحد فعليه الحد اذا احضر وطالب لان المقذوف معلوم
وليس لهذا الاخ ولاية لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى واما حياة المقذوف — المطالبة م
وقت القذف فليس بشرط لوجوب الحد على القاذف حتى يجب الحد بقذف الميت
لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى فصل واما الذي يرجع اليهما جميعا فواحد
وهو ان لا يكون القاذف ابا للمقذوف ولا جده وان علا ولا امه ولا جدته وان
علت فان كان لا حد عليه لقوله تعالى ولا تقل لهما اف والنهي عن التافيف
نصا نهي عن الضرب دلالة ولهذا لا يقتل به قصاصا ولقوله تعالى وبالوالدين
احسانا والمطالبة بالقذف ليس من الاحسان في شيء فكان منفيا بالنص ولان توقير
الاب واحترامه واجب شرعا وعقلا والمطالبة بالقذف للحد يكون ترك
التعظيم والاحترام فكان حراما فصل واما الذي يرجع الى المقذوف به فنوعا ن
احدهما ان يكون القذف بصريح الزنا وما يجري مجرى الصريح وهو نفي
النسب فان كان بالكناية لا يوجب الحد لان الكناية محتملة والحد لا يجب مع
الشبهة فمع الاحتمال اولى وبيان هذه الجملة في مسايل اذا قال الرجل يا زاني
او قال زنيت او قال انت زاني يحد لانه اتى بصريح القذف بالزنا ولو قال
يا زانيء بالهمز او زنات بالهمز يحد ولو قال عنيت به الصعود في الجبل
لا يصدق لان العامة لا تفرق بين المهموز والملين وكذا من العرب من
يهمز الملين فبقي مجرد النية فلا تعتبر ولو قال زنيت في الجبل يحد ولو
قال عنيت به الصعود في الجبل لا يصدق في قول ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد يصدق ولو قال زنات على الجبل وقال عنيت به الصعود لا
يصدق بالاجماع وجه قول محمد ان الزنا الذي هو فاحشة ملين يقال زنا يزني
زنا والزنا الذي هو صعود مهموز يقال زنا يزنا زناء وقال الشاعر

وارق الى الخيرات زناء في الجبل

واراد به الصعود الا انه اذا لم يقل عنيت به الصعود حمل على الزنا المعروف
لان اسم الزنا يستعمل فيه عرفا وعادة فاذا قال عنيت به الصعود فقد عنى
به ما هو موجب اللفظ لغة فلزم اعتباره ولهما ان اسم الزنا يستعمل في الفجور

عرفا وعادة والعامة لا تفصل بين المهموز والملين بل يستعمل المهموز مليّنا
والملين مهموزا فلا يصدق في الصرفه عن المتعارف كما اذا قال زنيت
في الجبل وقال عنيت به الصعود او زنأت ولم يذكر الجبل الا انما يستعمل
كلمة في مكان كلمة على وانه جائز قال الله تعالى ولاصلبنكم في جذوع
النخل اي على جذوع النخل ومن مشايخنا من علل لهما بان المهموز منه يحتمل
معنى الملين وهو الزنا المعروف لان من العرب من يهمز الملين بدلالة فيتعين معنى الملين
الحال وهي حال الغضب لان المسئلة مصورة فيها واذا قال زنأت على
الجبل وقال عنيت به الصعود لم يصدق لانه لا تستعمل كلمة على في الصعود
لا يقال صعد على الجبل وانما يقال صعد في الجبل ولو قال لرجل يا ابن الزاني
فهو قاذف لابيه كانه قال ابوك زاني ولو قال يا ابن الزانية فهو قاذف
لامه كانه قال امك زانية ولو قال يا ابن الزاني والزانية فهو قاذف لابيه وامه
كانه قال ابواك زانيان ولو قال يا ابن الزنا او يا ولد الزنا كان قذفا لان
معناه في عرف الناس وعادتهم انك مخلوق من ماء الزنا ولو قال يا ابن
الزانيين يكون قذفا ويعتبر احصان التي ولدته لا احصان جدته حتى امه
لو كانت امه مسلمة فعليه الحد وان كانت جدته كافرة وان كانت امه
كافرة فلا حد عليه وان كانت جدته مسلمة لان امه في الحقيقة والدته
والجدة تسمى اما مجازا وكذلك لو قال يا ابن مائة زانية او يا ابن الف
زانية يكون قاذفا لامه ويعتبر فيه احصان حال الام لما قلنا ويكون المراد
من العدد المذكور عدد المرات لا عدد الاشخاص اي امك زنت مائة مرة او الف
مرة ولو قال يا ابن القحبة لم يكن قاذفا لان هذا الاسم كما يطلق على الزانية
يستعمل على المهياة المستعدة للزنا وان لم تزن فلا يجعل قذفا مع الاحتمال
وكذلك لو قال يا ابن الدعية لان الدعية هي المراة المنسوبة الى قبيلة لا نسب
لها منهم وهذا لا يدل على كونها زانية لجواز ثبوت نسبها من غيرهم ولو
قال لرجل يا زاني فقال الرجل لا بل انت الزاني او قال لا بل انت يحدان
جميعا لان كل واحد منهما قذف صاحبه صريحا ولو قال لامراة يا زانية
فقالت زنيت بك لا حد على الرجل لان المراة صدقته ولا القذف يخرج قذفه
من ان يكون موجبا للحد وتحد المراة لانها قذفته بالزنا نصا ولم يوجد منه
التصديق ولو قال لامراة يا زانية فقالت زنيت معك لا حد على الرجل ولا على
المراة اما على الرجل فلوجود التصديق منها اياه واما على المراة فلان قولها زنيت

معك

معك يحتمل ان يكون المراد منه زنيت بك ويحتمل ان يكون معناه زنيت بحضرتك
فلا يجعل قذفا مع الاحتمال ولو قال لامراته يا زانية فقالت لا بل انت حدت
المراة حد القذف ولا لعان على الرجل لان كل واحد من الزوجين قذف
صاحبه وقذف المراة يوجب حد القذف وقذف الزوج امراته يوجب
اللعان وكل واحد منهما حد وفي البداية بحد المراة اسقاط الحد عن الرجل
لان اللعان شهادات موكدة بالايمان والمحدود في القذف لا شهادة له
ونظير هذا ما قال لو ابتدى قال لامراته يا زانية بنت الزانية فخاصمت الام
اولا فحد الزوج حد القذف سقط اللعان لانه بطلت شهادته ولو خاصمت
المراة اولا فلاعن القاضي بينهما ثم خاصمت الام يحد الرجل حد القذف ولو قال
لامراته يا زانية فقالت زنيت بك لا حد ولا لعان لانه يحتمل انها ارادت
بقولها زنيت بك اي قبل النكاح ويحتمل انها ارادت بك اي ما مكنت من الوطي
غيرك فان كان ذلك زنا فهو زنا لان هذا متعارف فان ارادت الاول لا يجب
اللعان ويجب الحد لانها اقرت بالزنا وان ارادت به الثاني يجب اللعان
لان الزوج قذفها بالزنا وهي لم تصدقه فيما قذفها به ولا حد عليها فوقع بالزنا صح
الاحتمال في ثبوت كل واحد منهما فلا يثبت ولو قال لامراة انت زانية
فقالت المراة انت ازنى مني يحد الرجل ولا تحد المراة اما الرجل فلانه قذفها
بصريح الزنا ولم يوجد منها التصديق واما المراة فلان قولها انت ازنى
مني يحتمل انها ارادت به النسبة الى الزنا على الترجيح ويحتمل انها ارادت
اقدر على الزنا واعلم به مني فلا يحمل على القذف مع الاحتمال وكذلك اذا قال
لانسان انت ازنى الناس او ازنى الزناة او ازنى من فلان لا حد عليه لما قلنا
وروي عن ابي يوسف انه فرق بين قوله ازنى الناس وبين قوله ازنى مني
او من فلان فقال في الاول يحد وفي الثاني لا يحد ووجه الفرق له ان قوله
انت ازنى الناس يمكن حمله على ما يقتضيه ظاهر الصيغة وهو الترجيح في وجود
فعل الزنا منه لتحقق الزنا من الناس في الجملة فيحمل عليه وقوله انت ازنى مني
او من فلان لا يمكن حمله على الترجيح في وجود الزنا لجواز انه لم يوجد الزنا منه
او من فلان فيحمل على الترجيح في القدرة او العلم فلا يكون قذفا بالزنا ولو قال
لرجل زنيت وفلان معك كان قاذفا لهما لانه قذف احدهما وعطف الاخر
عليه بحرف الواو وانها للجمع المطلق فكان مخبرا عن وجود الزنا من كل واحد
منهما رجلان استبا فقال احدهما لصاحبه ما انا بزان وما ابي بزان وما امي

بزانية لم يكن هذا قذفا لان ظاهره نفي الزنا عن ابيه وامه الا انه قد يكني بهذا
الكلام عن نسبة اب صاحبه وامه الى الزنا لكن القذف على سبيل الكناية
والتعريض لا يوجب الحد ولو قال لرجل انت تزني لا حد عليه لان هذا اللفظ يستعمل
للاستقبال او يستعمل للحال والاستقبال فلا يجعل قذفا مع الاحتمال وكذلك
لو قال انت تزني وانا اضربك الحد لان مثل هذا الكلام في عرف الناس لا يدل
على قصد القذف وانما يدل على طريق ضرب المثل على الاستعجاب اي كيف
يكون العقوبة على انسان والجناية من غيره كما قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر
اخرى ولو قال لامراة ما رايت زانية خيرا منك او قال لرجل ما رايت زانيا
خيرا منك لم يكن قذفا لانه ما جعل هذا المذكور خير الزناة وانما جعله خيرا
من الزناة وهذا لا يقتضي وجود الزنا منه ولو قال لامراة زنا بك زوجك قبل
ان يتزوجك فهو قاذف لانه نسب زوجها الى زنا حصل منه قبل التزوج في
كلام موصول فيكون قذفا ولو قال لامراة وطئك فلان وطيا حراما او
جامعك حراما او فجر بك او قال لرجل وطيت فلانة حراما او اصبتها او
جامعتها حراما فلا حد عليه لانه لم يوجد منه القذف بالزنا بل بالوطي
الحرام ويجوز ان يكون الوطي حراما ولا يكون زنا كالوطي بشبهة ونحو ذلك
ولو قال لغيره اذهب الى فلان فقل له يا زاني او يا ابن الزانية لم يكن المرسل
قاذفا لانه امر بالقذف ولم يقذف واما الرسول فان ابتدا فقال لا على وجه
الرسالة يا زاني او يا ابن الزانية فهو قاذف وعليه الحد وان بلغه على وجه
الرسالة بان قال ارسلني فلان اليك وامرني ان اقول لك يا زاني او يا ابن الزانية
لا حد عليه لانه لم يقذف بل اخبر عن قذف غيره ولو قال لاخر اخبرتك انك
زاني او اشهدت على ذلك لم يكن قاذفا لانه حكى عن خبر غيره بالقذف واشهاد
غيره بذلك فلم يكن قاذفا ولو قال لرجل يا لوطي لم يكن قاذفا بالاجماع لان
هذا نسبة اياه الى قوم لوط فقط وهذا لا يقتضي انه يعمل عملهم وهو اللواطة
ولو افصح وقال انت تعمل عمل قوم لوط وسمي ذلك لم يكن قاذفا عند ابي حنيفة
ايضا وعندهما هو قاذف بناء على ان هذا الفعل ليس بزنا عند ابي حنيفة وعندهما
هو في معنى الزنا والمسئلة مرت في موضعها ولو قال لرجل يا زاني فقال له اخر
صدقت يحد القاذف ولا حد على المصدق اما الاول فلوجود القذف الصريح
منه واما المصدق فلان قوله صدقت قذف بطريق الكناية ولو قال صدقت
هو كما قلت يحد لان هذا في معنى الصريح ولو قال لرجل اخر زاني فقال الرجل

لا بل انت يحد الرجل لان كلمة لا بل للتاكيد الاثبات فقد قذف الاول بالزنا
على سبيل التاكيد واما الاول فينظر ان كان للرجل اخوة او اخوان سواه فلا
حد عليه وان لم يكن له الا اخ واحد فله ان يطالبه بالحد وليس لهذا الاخ المخا طب
ان يطالب لما ذكرنا فيما تقدم ولو قال لست لابيك فهو قاذف لامه سواء قال
في غضب او رضا لان هذا الكلام لا يذكر الا لنفي النسب عن الاب فكان قذفا
لامه ولو قال ليس هذا ابوك او قال لست انت ابن فلان لابيه او قال انت
ابن فلان لاجنبي ان كان في غير حال الغضب فليس بقذف لان هذا الكلام ٢ ان كان في حال الغضب فهو قذف ص
قد يذكر لنفي النسب وقد يذكر لنفي التشبه في الاخلاق اي اخلاقك لا تشبه
اخلاق ابيك او اخلاقك تشبه اخلاق ~~ابيك~~ فلان الاجنبي فلا يجعل
قذفا مع الشك والاحتمال وكذلك اذا قال لرجل يا ابن مزيقيا او يا ابن
ماء السماء انه يكون قذفا في حالة الغضب لا في حالة الرضا لانه يحتمل انه اراد به
نفي النسب ويحتمل انه اراد به المدح بالتشبيه برجلين من سادات العرب
فعامر بن حارثة كان يسمى ماء السماء لصفائه وسخائه وعمرو بن عامر كان
يسمى المزيقيا لمزقه الثياب اذ كان ذا ثروة ونحوه كان يلبس كل يوم
ثوبا جديدا فاذا امسى خلعه ومزقه لئلا يلبسه غيره فيساويه فيحكم الحال
في ذلك فان كان في حال الغضب فالظاهر انه اراد به نفي النسب فيكون
قذفا وان كان في حال الرضا فالظاهر انه اراد به المدح فلم يكن قذفا
~~كان في حال~~ ولو قال لرجل انت ابن فلان لعمه او لخاله او لزوج امه
لم يكن قذفا لان العم يسمى ابا وكذا الخال وزوج الام قال الله تعالى قالوا نعبد
الهك واله ابائك ابراهيم واسماعيل واسحاق كان يعقوب صلوات الله ٢ واسمعيل ص
عليهما وقد سماه ابا وقال الله تعالى ورفع ابويه على العرش وقيل انهما ابوه
وخالته واذا كانت الخالة اما كان الخال ابا وقال الله تعالى ان ابني من اهلي قيل
في التفسير انه كان ابن امراته من غيره ولو قال لست بابن فلان لجده لم يكن
قذفا لانه صادق في كلامه حقيقة لان الجد لا يسمى ابا حقيقة بل مجازا ولو قال
لعربي يا نبطي لم يكن قذفا وكذلك اذا قال لست من بني فلان للقبيلة التي هو منها
لم يكن قذفا عند عامة العلماء وقال ابن ابي ليلى يكون قذفا والصحيح قول العامة
لانه بقوله يا نبطي لم يقذفه ولكنه نسبه الى غير بلده كمن قال للبلدي يا رستاقي
وكذلك اذا قال يا ابن الخياط او يا ابن الاصفر او الاسود وابوه ليس كذلك لم يكن قاذفا
بل يكون كاذبا وكذلك اذا قال يا ابن الاقطع او يا ابن الاعور وابوه ليس باقطع ولا اعور

يكون كاذبا لا قاذفا كما اذا قال للبصير يا اعمى ثم القذف بلسان العرب وغيره سوا
وتجب الحد لان معنى القذف هو النسبة الى الزنا وهذا يتحقق بكل لسان والله اعلم
والثاني ان يكون المقذوف به متصور الوجود من المقذوف فان كان
لا يتصور لم يكن قذفا وعلى هذا يخرج ما اذا قال لاخر زنا فخذك او ظهرك انه لا
حد عليه لان الزنا لا يتصور من هذه الاعضا حقيقة وكان المراد منه المجاز من طريق
التسبيب كما قال صلى الله عليه وسلم العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان
تزنيان والفرج يصدق ذلك كله او يكذبه وكذلك لو قال زنيت باصبعك
لان الزنا بالاصبع لا يتصور حقيقة ولو قال زنا فرجك يحد لان الزنا بالفرج
يتحقق كانه قال زنيت بفرجك ولو قال لامراة زنيت بفرس او حمار او بعير او ثور
لا حد عليه لانه يحتمل انه اراد به تمكينها من هذه الحيوانات لان ذلك متصور
حقيقة ويحتمل انه اراد به جعل هذه الحيوانات عوضا واجرة في الزنا فان اراد به
الاول لا يكون قذفا لانها بالتمكين منها لا يصير مزنيا بها لعدم تصور الزنا من
البهيمة وان اراد به الثاني يكون قذفا كما اذا قال زنيت بالدراهم او بالدنانير
او بشي من الامتعة فلا يجعل قذفا مع الاحتمال ولو قال لها زنيت بناقة او بقرة
او اتان او رمكة فعليه الحد لانه تعذر حمله على التمكين فيحمل على العوض
لان حرف البا قد يستعمل في الاعواض ولو قال ذلك لرجل لم يكن قذفا في
جميع ذلك سوا كان ذكرا او انثى لانه يمكن حمله على حقيقة الوطي ووطيها
لا يتصور ان يكون زنا فلا يكون قذفا ويمكن حمله على ~~الوطي~~ العوض فيكون
قذفا فوقع الاحتمال في كونه قذفا فلا يجعل قذفا مع الاحتمال ومن مشايخنا
من فصل بين الذكر والانثى فقال يكون قذفا في الذكر لا في الانثى لان فعل
الوطي من الرجل يوجد في الانثى فلا يحمل على العوض ولا يوجد في الذكر فيحمل
على العوض والصحيح انه لا فرق بين الذكر والانثى لان الوطي يتصور في الصنفين
في الجملة ولو قال لامراة زنيت وانت مكرهة او معتوهة او مجنونة او نايمة
لم يكن قذفا لانه نسبها الى الزنا في حال لا يتصور منها الزنا فيها فكان كذبا لا قذفا
وبمثله لو قال لامة اعتقت زنيت وانت امة او قال لكافرة اسلمت زنيت وانت
كافرة يكون قذفا وعليه الحد لان في المسلة الاولى قذفها للحال بالزنا في حال
لا يتصور منها وجود الزنا فيها فكان كلامه كذبا لا قذفا وفي المسلة الثانية قذفها
للحال بوجود الزنا منها في حال يتصور منها الزنا وهي حال الرق والكفر لانهما لا
يمنعان وقوع الفعل زنا وانما يمنعان الاحصان والاحصان يشترط وجوده وقت

وقت القذف لانه السبب الموجب للحد وقد وجد ولو قال لانسان لست لامك لا حد
عليه لانه كذب محض لان نفي النسب من الام لا يتصور الا ترى ان امه ولدته حقيقة
وكذلك لو قال له لست لابويك لانه نفى نسبه عنهما ولا ينتفي عن الام لانها نفي النسب الام وحو
ولدته فيكون كذبا بخلاف قوله لست لابيك لان ذلك ليس بنفي لولادة الام بل هو
نفي النسب عن الاب ونفي النسب عن الاب يكون قذفا للام وكذلك لو قال لست
لابيك ولست لامك في كلام موصول لم يكن قذفا لان هذا وقوله لست لابويك سوا
ولو قال له لست لادم او لست لرجل او لست لانسان لا حد عليه لانه كذب محض
لان نسبه لا يحتمل الانقطاع عن هولا فكان كذبا محضا لا قذفا فلا يجب الحد وعلى
هذا يخرج ما اذا قال لرجل يا زانية انه لا يكون قذفا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد يكون قذفا وجه قول محمد ان الها قد تدخل صلة زايدة في الكلام
قال الله تعالى ما اغنى عني ماليه هلك عني سلطانيه ومعناه مالي وسلطاني
والها زايدة فتحذف الزايدة ويبقى قوله يا زاني وقد تدخل في الكلام للمبالغة في
الصفة كما يقال علامة ونسابة ونحو ذلك فلا يختل به معنى القذف يدل عليه
ان حذفه في نعت المراة لا يخل بمعنى القذف حتى لو قال لامراة يا زاني يجب الحد بالاجماع
فكذلك الزيادة في نعت الرجل ولهما انه قذفه بما لا يتصور فيلغو لعدم التصور ٢ ودليل م
انه قذفه بفعل المراة وهو التمكين لان الها في الزانية ها التانيث كالضاربة والقاتلة
والسارقة ونحوها وذلك لا يتصور من الرجل بخلاف ما اذا قال لامراة يا زاني لانه
اتى بمعنى الاسم وحذف الها وها التانيث قد تحذف في الجملة كالحايض والطالق
والحامل ط والله اعلم فصل واما الذي يرجع الى المقذوف فيه وهو المكان ط ونحو ذلك ص
فهو ان يكون القذف في دار العدل فان كان في دار الحرب او في دار البغي فلا يوجب
الحد لان المقيم للحدود هم الايمة ولا ولاية لامام اهل العدل على دار الحرب ولا على دار
البغي فلا يقدر على الاقامة فيهما والقذف فيهما لم ينعقد موجبا للحد حين وجوده
فلا يحتمل الاستيفا بعد ذلك لان الاستيفا للواجب والله اعلم فصل واما الذي
يرجع الى نفس القذف فهو ان يكون مطلقا عن الشرط والاضافة الى وقت فان كان
معلقا بشرط او مضافا الى وقت لا يوجب الحد لان ذكر الشرط او الوقت يمنع وقوعه
قذفا للحال وعند وجود الشرط او الوقت يجعل كانه نجز القذف كما في ساير
التعليقات والاضافات فكان قاذفا تقديرا مع انعدام القذف حقيقة فلا يجب
الحد وعلى هذا يخرج ما اذا قال لرجل من قال كذا وكذا فهو زان او ابن الزانية فقال
رجل انا قلته انه لا حد على القايل لما قلنا وكذا من قال لغيره انت زان او ابن الزانية

[illegible]

عدا او راس شهر كذا فجا الغد والشهر لا حد عليه لان اضافة القذف الي وقت يمنع تحقق
القذف في الحال وفي المال علي ما بينا والله اعلم فصل واما بيان ما يظهر به
الحدود عند القاضي فنقول وبالله التوفيق الحدود كلها تظهر بالبينة والاقرار لكن
عند استجماع شرايطها اما شرايط البينة القايمة علي الحد فمنها ما يعم الحدود
كلها ومنها ما يخص البعض دون البعض اما الذي يعم الكل فالذكورة والاصالة
فلا تقبل شهادة النسا ولا الشهادة علي الشهادة ولا كتاب القاضي الي القاضي في الحدود
كلها لتمكن زيادة شبهة فيها ذكرناها في كتاب الشهادات والحدود لا تثبت
مع الشبهات ولو ادعي القاذف ان المقذوف صدقه واقام علي ذلك رجلا
وامراتين جاز وكذلك الشهادة علي الشهادة وكتاب القاضي الي القاضي لان الشهادة
هاهنا قامت علي اسقاط الحد لا علي اثباته والشبهة تمنع من اثبات الحد لا من اسقاطه
واما الذي يخص البعض دون البعض فمنها عدم التقادم وانه شرط في حد الزنا
والسرقة وشرب الخمر وليس بشرط في حد القذف والفرق ان الشاهد
اذا عاين الجريمة فهو مخير بين اداء الشهادة حسبة لله تعالي لقوله تعالي واقيموا
الشهادة لله وبين الستر علي اخيه المسلم لقوله صلى الله عليه وسلم من ستر علي اخيه
المسلم ستر الله عليه في الاخرة فلما لم يشهد علي فور المعاينة حتي تقادم العهد
دل ذلك علي اختيار جهة الستر فاذا شهد بعد ذلك دل ان الضغينة حملته
علي ذلك فلا تقبل شهادته لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال ايما قوم شهدوا
علي حد لم يشهدوا عند حضرته فانما شهدوا عن ضغن ولا شهادة لهم
ولم ينقل انه انكر عليه منكر فيكون اجماعا فدل قول عمر رضي الله عنه علي ان مثل
هذه الشهادة شهادة ضغينة وانها غير مقبولة ولان التاخير والحالة هذه
يورث تهمة ولا شهادة للمتهم علي لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف
حد القذف لان التاخير ثمة لا يدل علي الضغينة والتهمة لان الدعوي هناك
شرط فاحتمل ان التاخير كان لتاخير الدعوي من المدعي والدعوي ليست بشرط
في الحدود الثلاثة فكان التاخير لما قلنا ويشكل علي هذا فصل السرقة فان
الدعوي هناك شرط ومع هذا التقادم مانع واختلفت عبارات مشايخنا في الجواب
عن هذا الاشكال فقال بعضهم ان معني الضغينة والتهمة حكمة المنع من قبول
الشهادة والسبب الظاهر هو كون الحد خالص حق الله تعالي والحكم يدار علي
السبب الظاهر لا علي الحكمة وقد وجد السبب الظاهر في السرقة فيوجب
المنع من قبول الشهادة وهذا ليس بسديد لان الاصل تعليق الحكم بالحكمة الا اذا

كان وجه الحكمة خفيا لا يوقف عليه الا بحرج فيقام السبب الظاهر
مقامه وتجعل الحكمة موجودة تقديرا وهاهنا يمكن الوقوف عليه من
غير حرج ولم يوجد في السرقة لما بينا فيجب ان تقبل الشهادة بعد التقادم
وقال بعضهم انما لا تقبل الشهادة في السرقة لان دعوي السرقة بعد التقادم
لم تصح لان المدعي في الابتدا مخير بين ان يدعي السرقة ويقطع طمعه عن
ماله احتسابا لاقامة الحد وبين ان يدعي اخذ المال سترا علي اخيه
المسلم فلما اخر دل تاخيره علي اختيار جهة الستر والاعراض عن جهة الحسبة
فلما شهد بعد ذلك فقد قصد الاعراض عن جهة الستر فلم يصح اعراضه
ولم يجعله قاصدا جهة الحسبة لانه قد كان اعرض عنها عند اختياره جهة
الستر فلم تصح دعواه السرقة فلم تقبل الشهادة علي السرقة لان قبول الشهادة
تقف علي دعوي صحيحة فيما يشترط فيه الدعوي فبقي مدعيا اخذ المال
لا غير فتقبل الشهادة حسبة اذا التقادم لا يمنع قبول الشهادة علي الاموال بخلاف
حد القذف لان المقذوف ليس بمخير بين بذل النفس وبين اقامة الحد
بالدعوي بل الواجب عليه دفع العار عن نفسه ودعوي القذف فلا يتهم بالتاخير
فكانت الدعوي منه صحيحة والشيخ ابو منصور الماتريدي رحمه الله اشار الي
معني اخر في شرح الجامع الصغير حكيته بلفظه وهو ان عادة السراق الاقدام
علي السرقة في حالة الغفلة وانتهاز الفرصة في موضع الخفية وصاحب
الحق لا يطلع علي من شهد ذلك ولا يعرفهم الا بهم ويخبرهم فاذا كتموا الموا
وقد يعلم المدعي شهوده في غير ذلك من الحقوق ويطلبها اذا احتاج اليها
فكانوا في سعة من تاخيرها واذا بطلت الشهادة علي السرقة بالتقادم قبلت
في حق المال لان بطلانها في حق الحد لتمكن الشبهة فيها والحد لا يثبت مع
الشبهة واما المال فيثبت معها ثم التقادم انما يمنع قبول الشهادة في الحدود
الثلاثة اذا كان التقادم في التاخير من غير عذر ظاهر فاما اذا كان لعذر ظاهر
بان كان المشهود عليه في موضع ليس فيه حاكم فحمل الي بلد فيه حاكم وشهدوا
عليه جازت شهادتهم وان تاخرت لان هذا موضع العذر فلا يكون التقادم فيه
مانعا ثم لم يقدر ابو حنيفة رحمه الله التقادم تقديرا وفوض ذلك الي اجتهاد كل
حاكم في زمانه فانه روي عن ابي يوسف انه قال كان ابو حنيفة لا يوقت في
التقادم ٢ وجهدنا به ان يوقت فابي وابو يوسف ومحمد قدراه بشهر ان
كان شهرا او اكثر فهو متقادم وان كان دون شهر فليس بمتقادم لان الشهر ادني

٢ شيئا ص

الاجل وكان ما دونه في حكم العاجل ولابي حنيفة رحمه الله ان التاخير قد يكون
لعذر والاعذار في اقتضا التاخير مختلفة فتعذر التوقيت فيه فيفوض الى اجتهاد
القاضي فيما يعده ابطا وما لا يعده واذا لم تقبل شهادة الشهود بزنا متقادم
هل يحدون حد القذف حكى الحسن بن زياد انهم يحدون وتاخيرهم محمول
على اختيار جهة الستر فخرج كلامهم عن كونه شهادة فبقي قذفا فيوجب
الحد وقال الكرخي الظاهر انه لا يجب عليهم الحد وهكذا ذكر القاضي في شرحه انه
لا حد عليهم لان تاخيرهم وان اورث تهمة وشبهة في الشهادة فاصل الشهادة
باق فلما اعتبرت الشبهة في اسقاط حد الزنا عن المشهود عليه فلان تعتبر حقيقة
الشهادة لاسقاط حد القذف عن الشهود اولى ومنها قيام الرايحة وقت
ادا الشهادة في حد الشرب في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد ليس
بشرط والحجج ستاتي في موضعها ان شا الله تعالى ومنها عدد الاربع في الشهود
في حد الزنا لقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسايكم فاستشهدوا عليهن
اربعة منكم وقوله والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهدا وقوله
لولا جاوا عليه باربعة شهدا ولان الشهادة احد نوعي الحجة فتعتبر بالنوع
الاخر وهو الاقرار وهناك عدد الاربع شرط كذا هاهنا بخلاف ساير الحدود
فان عدد الاقارير الاربع لم تشترط فيها فكذا عدد الاربع من الشهود ولان
اشتراط عدد الاربع في الشهادة ثبت معدولا به عن القياس وبالنص
ورد في الزنا خاصة فان شهد على الزنا اقل من اربعة لم تقبل شهادتهم لنقصان
العدد المشروط وهل يحدون حد القذف قال اصحابنا يحدون وقال
الشافعي اذا جاوا مجي الشهود لم يحدوا وعلى هذا الخلاف اذا شهد ثلاثة
وقال الرابع رايتهما في لحاف واحد ولم يزد عليه انه يحد الثلاثة عندنا
ولا حد على الرابع لانه لم يقذف الا اذا كان قال في الابتدا اشهد انه قد زنا ثم
فسر الزنا بما ذكر فحينيذ يحد وجه قول الشافعي انهم اذا جاوا مجي الشهود
كان قصدهم اقامة الشهادة حسبة لله تعالى لا القذف فلم يكن فعلهم جناية
فلم يكن قذفا ولنا ما روي ان ثلاثة شهدوا على المغيرة بالزنا فقام الرابع
وقال رايت اقداما بادية ونفسا عاليا وامرا منكرا ولا اعلم ما ورا ذلك فقال
عمر رضي الله عنه الحمد لله الذي لم يفضح رجلا من اصحاب محمد صلى الله عليه وسلم
وحد الثلاثة وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليه منكر ٢ كان م
فيكون اجماعا ولان الموجود من الشهود كلام قذف حقيقة اذ القذف هو النسبة الى

الزنا

الزنا وقد وجد من الشهود حقيقة فيدخلون تحت اية القذف الا انا اعتبرنا
تمام عدد الاربع اذا جاوا مجي الشهود لقد قصدوا اقامة الحسبة واحيا
حق الله تعالى فخرج كلامهم عن كونه قذفا وصار شهادة شرعا فعند النقصان
بقي قذفا حقيقة فيوجب الحد ولو شهد ثلاثة على الزنا وشهد رابع على
شهادة غيره تحد الثلاثة لان شهادتهم صارت قذفا لنقصان العدد ولا حد
على الرابع لانه لم يقذف بل حكى قذف غيره ولو علم ان احد الاربع عبدا و
مكاتب او صبي او اعمى او محدود في قذف حدوا جميعا لان الصبي والعبد م الا ان الصبي والعبد صح
ليست لهما اهلية الشهادة اصلا وراسا فانتقص العدد وصار كلامهم قذفا
والاعمى والمحدود في القذف ليست لهم اهلية الشهادة وان كانت لهم اهلية
الشهادة تحملا وسماعا فقصرت اهليتهما للشهادة فانتقص العدد وصار
كلامهم قذفا سوا علم ذلك قبل القضا او بعد القضا قبل الامضا وان علم ذلك بعد
الامضا فان كان الحد جلدا فكذلك يحدون ولا يضمنون ارش الضرب في قول
ابي حنيفة وعندهما يجب في بيت المال على ما ذكرنا في كتاب الرجوع عن
الشهادات وان كان رجما لا يحدون لانه تبين ان كلامهم وقع قذفا ومن
قذف حيا ثم مات المقذوف سقط الحد وتكون الدية في بيت المال لان الخطا
حصل من القاضي وخطا القاضي على بيت المال لانه عامل لعامة المسلمين وبيت
المال مال المسلمين ولو شهد الزوج وثلاثة نفر حد الثلاثة ولاعن الزوج
امراته لان قذف الزوج يوجب اللعان لا الحد فانتقص العدد في حق الباقين
فصار كلامهم قذفا فيحدون حد القذف ولو علم ان الشهود الاربع عبيد او
كفار او محدودون في قذف او عميان يحدون حد القذف وان علم انهم فساق
لا يحدون والفرق ما ذكرنا ان العبد والكافر لا شهادة لهما اصلا والاعمى
والمحدود في القذف لهم شهادة سماعا وتحملا لا ادا فكان كلامهم قذفا
والفاسق له شهادة على اصل اصحابنا رحمهم الله سماعا وادا فكان كلام الفساق
شهادة لا قذفا فلا يحدون حد القذف والله اعلم ولو ادعى المشهود عليه ان
احد الشهود الاربعة عبد فالقول قوله حتى يقيم البينة انه حر لما روي عن
عمر رضي الله عنه انه قال الناس احرار الا في اربع الشهادة والقصاص والعقل
والحد والمعنى فيه ما ذكرنا في غير موضع ومنها اتحاد المجلس وهو ان يكون
الشهود مجتمعين في مجلس واحد وقت ادا الشهادة فان جاوا متفرقين
يشهدون واحدا بعد واحد لا تقبل شهادتهم ويحدون وان كثروا لما ذكرنا -

ان كلامهم قذف حقيقة وانما يخرج عن كونه قذفا شرعا بشرط ان يكونوا مجتمعين
في مجلس واحد وقت ادا الشهادة فاذا انعدمت هذه الشريطة بقي قذفا
فيوجب الحد حتى لو جاوا مجتمعين او متفرقين وقعدوا في موضع الشهود في
ناحية من المسجد ثم جاوا واحدا بعد واحد وشهدوا اجازت شهادتهم لوجود
اجتماعهم في مجلس واحد وقت الشهادة اذ المسجد كله مجلس واحد وان كانوا
خارجين من المسجد فجا واحد منهم ودخل المسجد ثم جا الثاني والثالث والرابع (وشهد م)
يضربون الحد وان كانوا مثل ربيعة ومضر هكذا روي عن عمر رضي الله عنه
انه قال لو جا ربيعة ومضر فرادي لحددتهم عن اخرهم وانما قال ذلك بمحضر
من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليه احد منهم فيكون اجماعا منهم
ومنها ان يكون المشهود عليه بالزنا ممن يتصور منه الوطي فان كان ممن لا يتصور
كالمجبوب لا تقبل شهادتهم ويحدون حد القذف وان كان المشهود عليه خصيا
او عنينا قبلت شهادتهم ويحد لتصور الزنا منهما لقيام الاله بخلاف
المجبوب ومنها ان يكون المشهود عليه بالزنا ممن يقدر على دعوى الشبهة
فان كان ممن لا يقدر كالاخرس لا تقبل شهادتهم لان من الجايز انه لو كان قادرا
لادعى شبهة ولو كان المشهود عليه بالزنا اعمى قبلت شهادتهم لان الاعمى قادر
على دعوى الشبهة لو كانت عنده شبهة ولو شهدوا بالزنا ثم قالوا انا تعمدنا
النظر الى فرجهما لا تبطل شهادتهم لان ادا الشهادة لا بد له من التحمل
ولا بد للتحمل من النظر الى عين الفرج ويباح لهم النظر اليها لقصد اقامة
الحسبة كما يباح للطبيب لقصد المعالجة ولو قالوا نظرنا متكررا بطلت شهادتهم
لانه سقطت عدالتهم ومنها اتحاد المشهود به وهو ان تجمع الشهود الاربع
على فعل واحد فان اختلفوا لا تقبل شهادتهم وعلى هذا يخرج ما اذا شهد اثنان
انه زنا في مكان كذا وشهد اخران انه زنا في مكان اخر والمكانان متباينان بحيث
يمتنع ان يقع فيهما فعل واحد عادة كالبلدتين والدارين والبيتين لا تقبل
شهادتهم ولا حد على المشهود عليه لانهم شهدوا بفعلين مختلفين لاختلاف
المكانين وليس على احدهما شهادة الاربع ولا حد على الشهود ايضا عند
اصحابنا وعند زفر يحدون وجه قوله ان عدد الشهود قد انتقض لان كل
فريق شهد بفعل غير الذي شهد به الفريق الاخر ونقصان عدد الشهود يوجب
صيرورة الشهادة قذفا كما لو شهد ثلاثة بالزنا ولنا ان المشهود به لم يختلف
عند الشهود لان عندهم ان هذا زنا واحد وانما وقع اختلافهم في المكان فيثبت

بشهادتهم

بشهادتهم شبهة اتحاد الفعل فيسقط الحد وعلى هذا اذا اختلفوا في الزمان
فشهد اثنان انه زنا بها في يوم كذا واثنان في يوم اخر ولو شهد اثنان انه زنا
في هذه الزاوية من البيت وشهد اثنان انه زنا في هذه الزاوية الاخرى منه
يحد المشهود عليه لجواز ان ابتدا الفعل وقع في هذه الزاوية من البيت وانتهاوه
في زاوية اخرى منه لانتقالهما واضطرابهما فلم يختلف المشهود به فتقبل
شهادتهم حتى لو كان البيت كبيرا لا تقبل لانه يكون بمنزلة البيتين ولو شهد
اربعة بالزنا بامراة فشهد اثنان انه استكرهها واثنان انها طاوعته لا حد
على المراة بالاجماع لان الحد لا يجب الا بالزنا طوعا ولم يثبت الطواعية في حقها
واما الرجل فلا حد عليه ايضا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يحد وجه
قولهما ان زنا الرجل عن طوع ثبت بشهادة الاربع الا انه تفرد اثنان منهم
باثبات زيادة الاكراه منه وانه لا يمنع وجوب الحد كما لو زنا بها مستكرهة
ولابي حنيفة ان المشهود به قد اختلف لان فعل المكرهة غير فعل من ليس بمكرهة
وقد شهدوا بفعلين مختلفين وليس على احدهما شهادة الاربع فلا يحد
المشهود عليه ولا الشهود عند اصحابنا الثلاثة خلافا لزفر وقد مر الكلام فيه
في اختلافهم في المكان والزمان والله اعلم ثم الشهود اذا استجمعوا شرايط صحة
الشهادة وشهدوا عند القاضي سالهم القاضي عن الزنا ما هو وكيف هو ومتى
زنا واين زنا وبمن زنا اما السوال عن ماهية الزنا فلانه يحتمل انهم ارادوا
به غير الزنا المعروف لان اسم الزنا يقع على انواع لا توجب الحد قال النبي صلى
الله عليه وسلم العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان والفرج
يصدق ذلك كله او يكذبه واما السوال عن الكيفية فلانه يحتمل انهم ارادوا
به الجماع فيما دون الفرج لان ذلك يسمى جماعا حقيقة او مجازا وانه لا يوجب
الحد [٢] واما السوال عن المكان فلانه يحتمل انه زنا في دار الحرب او في دار البغي
وانه لا يوجب الحد واما السوال عن المزني بها فلانه يحتمل ان يكون الموطوءة
ممن لا يجب الحد بوطيها كجارية الابن وغير ذلك فاذا سالهم القاضي عن هذه الجملة
فوصفوا سال المشهود عليه اهو محصن ام لا فان انكر الاحصان وشهد على
الاحصان رجلان او رجل وامراتان على الاختلاف سال الشهود عن الاحصان
ما هو لان له شرايط يجوز ان تخفى على الشهود فاذا وصفوا قضى بالرجم ولو شهد
بينة الاحصان انه جامعها او باضعها صار محصنا لان هذا الكلام اللفظ في العرف
يستعمل في الوطي في الفرج ولو شهدوا انه دخل بها صار محصنا وهذا قوله -

[٢] واما السوال عن الزمان فلانه يحتمل انهم شهدوا بزنا متقادم والتقادم يمنع قبول الشهادة بالزنا م

جامعها سواء في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يصير محصنا وجه
قوله ان هذا اللفظ يستعمل في الوطي ويستعمل في الزفاف فلا يثبت الاحصان
مع الاحتمال ولهما ان الدخول بالمراة في عرف اللغة والشرع يراد به الوطي
قال الله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن حرم الربيبه
بشرط الدخول بامها فعلم ان المراد من الدخول هو الوطي لانها لا تحرم بمجرد
نكاح الام من غير وطي وذكر القاضي في شرحه الاختلاف على القلب فقال على
قول ابي حنيفة لا يصير محصنا ولو شهدوا على الدخول وكان له منها ولد — مالم يصرح بالوطي وعلى قول محمد يصير محصنا صح
فهو محصن بالاجماع وكفى بالولد شاهدا والله اعلم واما شرائط الاقرار بالحد
فمنها ما يعم الحدود كلها ومنها ما يخص البعض دون البعض اما الذي يعم الحدود
كلها فمنها البلوغ فلا يصح اقرار الصبي في شيء من الحدود لان سبب وجوب الحد
لا بد وان يكون جناية وفعل الصبي لا يوصف بكونه جناية فكان اقراره كذبا محضا
ومنها النطق وهو ان يكون الاقرار بالخطاب والعبارة دون الكتاب والاشارة
حتى ان الاخرس لو كتب الاقرار في كتاب او اشار اليه اشارة معلومة لا حد عليه
لان الشرع علق وجوب الحد بالبيان المتناهي الا ترى انه لو اقر بالوطي الحرام
لا يقام عليه الحد ما لم يصرح بالزنا والبيان لا يتناهى الا بالتصريح والكتابة
والاشارة بمنزلة الكناية فلا توجب الحد واما البصر فليس بشرط لصحة
الاقرار فيصح اقرار الاعمى في الحدود كلها كالبصير لان العمى لا يمنع مباشرة سبب
وجوبها وكذا الحرية والاسلام والذكورة ليست بشرط حتى يصح اقرار الرقيق
والذمي والمراة في جميع الحدود وعند زفر لا يصح اقرار العبد بشيء من اسباب
الحدود من غير تصديق المولى والكلام في الرقيق على نحو ما ذكرنا في كتاب
السرقة والله اعلم واما الذي يخص البعض دون البعض فمنها عدد الاربع في حد
الزنا خاصة وهو ان يقر اربع مرات وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط
ويكتفى باقراره واحدة ووجه قوله ان الاقرار انما صار حجة في الشرع لرجحان جانب — مرة صح
الصدق فيه على جانب الكذب وهذا المعنى عند التكرار والتوحد سواء لان
الاقرار اخبار والخبر لا يزيد رجحانا بالتكرار ولهذا لم يشترط في ساير الحدود بخلاف
عدد المثنى في الشهادة لان ذلك يوجب زيادة غلبة ظن فيها الا ان شرط العدد
الاربع في باب الزنا تعبدا فيقتصر على موضع التعبد ولنا ان القياس ما قاله
الا انا تركنا القياس بالنص وهو ما روي ان ماعزا لما جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
واقر بالزنا اعرض عنه بوجهه ثم جاء واقر فاعرض عنه بوجهه هكذا الى الاربع

فلو

فلولا ان الاقرار مرة مظهر للحد لما اخره الى الاربع لان الحد بعد ما ظهر وجوبه
للامام لا يحتمل التاخير واما العدد في الاقرار بالقذف فليس بشرط بالاجماع
وهل يشترط في الاقرار بالسرقة والشرب قال ابو حنيفة ومحمد ليس بشرط وقال ابو — والسكر صح
يوسف شرط والاصل عند ابي يوسف ان كل ما يسقط بالرجوع فعدد الاقرار فيه
كعدد الشهود وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله ان عند ابي يوسف يشترط الاقرار
مرتين في مكانين وجه قوله ان حد السرقة والشرب والسكر خالص حق
الله تعالى كحد الزنا فيلزم مراعاة الاحتياط فيه باشتراط العدد كما في الزنا الا انه
يكتفى هاهنا بالمرتين ويشترط الاربع هناك استدلالا بالبينة لان السرقة
والشرب كل واحد منهما يثبت بنصف ما يثبت به الزنا وهو شهادة شاهدين
فكذلك الاقرار ولهما ان الاصل ان لا يشترط التكرار في الاقرار لما ذكرنا انه اخبار
والمخبر لا يزداد بتكرار الخبر وانما عرفنا عدد الاربع في باب الزنا بالنص غير
معقول المعنى فيقتصر على مورد النص ومنها عدد المجالس فيه وهو ان يقر
اربع مرات في اربع مجالس واختلف المشايخ انه يعتبر مجالس المقر لان النبي صلى — القاضي او مجالس المقر والصحيح انه يعتبر مجالس المقر وهكذا روي عن ابي حنيفة انه يعتبر مجالس صح
الله عليه وسلم اعتبر اختلاف مجالس ماعز حيث كان يخرج من المسجد في كل مرة
ثم يعود ومجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يختلف وقد روي عن ابي حنيفة رحمه
الله في تفسير اختلاف مجالس المقر هو ان يقر مرة ثم يذهب حتى يتوارى عن بصر
القاضي ثم يجيء فيقر ثم يذهب هكذا اربع مرات ومنها ان يكون اقراره بين يدي
الامام فان كان عند غيره لم يجز اقراره لان اقرار ماعز كان بين يدي رسول الله
صلى الله عليه وسلم ولو اقر في غير مجلس القاضي وشهد الشهود على اقراره لا تقبل
شهادتهم لانه ان كان مقرا فالشهادة لغو لان الحكم للاقرار لا للشهادة وان كان
منكرا فالانكار منه رجوع والرجوع عن الاقرار في الحدود الخالصة حقا لله تعالى
صحيح ومنها الصحو في الاقرار بالزنا والسرقة والشرب والسكر حتى لو كان سكرانا
لا يصح اقراره اما على اصل ابي حنيفة فلان السكران من صار بالشرب الى حالة لا يعقل
قليلا ولا كثيرا فكان عقله زايلا مستورا حقيقة واما على اصلهما فلانه اذا غلب
الهذيان على كلامه فقد ذهبت منفعة العقل ولهذا لم تصح ردته فيورث ذلك
شبهة في وجوب الحد وليس بشرط في الاقرار بالحدود والقصاص لان القصاص
خالص حق العبد وللعبد حق في حد القذف فيصح مع السكر كالاقرار بالمال وساير
التصرفات واذا صحا فان دام على اقراره تقام عليه الحدود كلها وان انكر فالانكار منه
رجوع فيصح في الحدود الخالصة وهو حد الزنا والشرب والسرقة في حق القطع

ولا يصح في القذف والقتل العمد والله اعلم ومنها ان يكون الاقرار بالزنا ممن يتصور وجود
الزنا منه فان كان لا يتصور كالمجبوب لا يصح اقراره لان الزنا لا يتصور منه لانعدام الالة
ويصح اقرار الخصي والعنين لتصور الزنا منهما لتحقق الالة والذي يجن ويفيق اذا
اقر في حال افاقته فهو مثل الصحيح لانه في حال افاقته صحيح ومنها ان يكون المزني به
في الاقرار بالزنا ممن يقدر على دعوى الشبهة فان لم يكن بان اقر رجل انه زنا بامراة
خرساء او اقرت امراة انها زنت باخرس لم يصح اقراره لان من الجايز انه لو كان يقدر
على النطق لادعى النكاح او انكر الزنا ولم يدع شيا فيندرى عنه الحد لما نذكر في موضعه
ان شا الله تعالى واما حضرة المزني بها في الاقرار بالزنا والشهادة عليه فليست
بشرط حتى لو اقر انه زنا بامراة غايبة او شهد عليه الشهود بالزنا بامراة غايبة
صح الاقرار وقبلت الشهادة ويقام الحد على الرجل لان الغايب بالغيبة ليس الا الدعوى
وانها ليست بشرط ولهذا انهم ما عزا من غير شرط حضور تلك المراة وكذلك
العلم بالمزني بها ثم اذا صح اقراره بالزنا بامراة غايبة يعرفها او لا يعرفها فحضرت
المراة فلا يخلو اما ان حضرت قبل اقامة الحد على الرجل واما ان حضرت بعد
الاقامة فان حضرت بعد الاقامة فان اقرت بمثل ما اقر الرجل تحد ايضا كما حد
الرجل وان انكرت وادعت على الرجل حد القذف لا يحد الرجل حد القذف لانه لا
يجب عليه حدان وقد اقيم احدهما فلا يقام الاخر وان حضرت قبل اقامة الحد
على الرجل فان انكرت الزنا وادعت النكاح او لم تدع وادعت حد القذف على الرجل
او لم تدع فحكمه نذكره في موضعه ان شا الله تعالى والعلم بالمزني بها ليس بشرط
لصحة الاقرار حتى لو قال زنيت بامراة ولا اعرفها صح اقراره ويحد والعلم بالمشهود
به شرط صحة الشهادة حتى لو شهد الشهود على رجل انه زنا بامراة وقالوا
نعرفها لا تقبل شهادتهم ولا يقام الحد على المشهود عليه والفرق ان المقر في الاقرار
على نفسه يبني الامر على حقيقة الحال خصوصا في الزنا فكان اقراره اخبارا عن وجود
الزنا منه حقيقة الا انه لم يعرف اسم المراة ونسبها وذا لا يورث شبهة فاما
الشاهد فانه بشهادته يبني الامر على الظاهر لا على الحقيقة لقصور علمه عن
الوصول الى الحقيقة فقولهم لا نعرف تلك المراة يورث شبهة لجواز انها امراته او
امراة له فيها شبهة حل او ملك فهو الفرق والله اعلم واما عدم التقادم فهل هو
شرط لصحة الاقرار بالحد اما في حد القذف فليس بشرط لانه ليس بشرط لقبول
الشهادة فاولى ان لا يكون شرطا لصحة الاقرار وكذلك في حد الزنا عند اصحابنا الثلاثة
وعند زفر شرط كما في الشهادة ولنا الفرق بين الاقرار والشهادة وهو ان المانع في

الشهادة

الشهادة تمكن التهمة والضغينة وهذا لا يوجد في الاقرار لان الانسان غير متهم في الاقرار
على نفسه وكذا في حد السرقة لما قلنا واما في حد الشرب فشرط عند ابي حنيفة
وابي يوسف وعند محمد ليس بشرط بنا على ان قيام الرايحة شرط صحة
الاقرار والشهادة عندهما ولهذا لا يبقى مع التقادم وعنده ليس بشرط ولو
لم يتقادم ولكن ريحها لا يوجد منه لم يصح الاقرار عندهما خلافا له وجه ٢ العهد ٢
قول محمد ان حد الشرب ليس بمنصوص عليه في الكتاب والسنة وانما
عرف باجماع الصحابة رضي الله عنهم واجماعهم لا ينعقد بدون عبد الله بن
مسعود رضي الله عنه ولم يثبت فتواه عند زوال الرايحة فانه روي ان رجلا
جا بابن اخ له الى عبد الله بن مسعود فاعترف عنده بشرب الخمر فقال له
عبد الله بيس ولي اليتيم انت لا ادبته صغيرا ولا سترت عليه كبيرا ثم قال
تلتلوه ومزمزوه واستنكهوه فان وجدتم رايحة الخمر فاجلدوه افتى بالجلد
عند وجود الرايحة ولم يثبت فتواه عند عدمها واذا لم يثبت فلا ينعقد
الاجماع بدونه فلا يجب الحد بدونه لان وجوبه بالاجماع ولا اجماع ثم انما
تعتبر الرايحة اذا لم يكن سكرانا فاما اذا كان سكرانا فلا لان السكر ادل على
الشرب من الرايحة وكذلك لو جي به من مكان بعيد لا تبقى الرايحة بالمجي
من مثله عادة وان لم توجد الرايحة للحال لان هذا موضع العذر فلا يعتبر قيام
الرايحة فيه والله اعلم واذا اقر انسان بالزنا عند القاضي ينبغي ان يظهر
الكراهة او يطرده وكذا في المرة الثانية والثالثة هكذا فعل رسول الله
صلى الله عليه وسلم بماعز وكذا روي عن عمر رضي الله عنه انه قال اطردوا المعترفين
اي بالزنا فاذا اقر اربعا نظر في حاله اهو صحيح العقل ام به افة هكذا قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لماعز ابك خبل ابك جنون وبعث الى قومه فسالهم عن
حاله فاذا عرف انه صحيح العقل ساله عن ماهية الزنا وعن كيفيته وعن مكانه
وعن المزني بها لما ذكرنا في الشهادة ولا يساله عن الزمان لان السوال عن الزمان
لمكان احتمال التقادم والتقادم لا يقدح في الاقرار وانما يقدح في الشهادة ويجوز
ان يساله عن الزمان ايضا لاحتمال انه زنا في حال الصغر فاذا بين ذلك كله
ساله عن حاله اهو محصن ام لا لان حكم الزنا يختلف بالاحصان وعدمه فان قال
انا محصن ساله عن ماهية الاحصان انه ما هو لانه عبارة عن اجتماع شرايط
لا يقدر عليها كل احد فاذا بين رجمه فاما علم القاضي فلا يظهر به حد الزنا
والشرب والسكر والسرقة حتى لا يقضي بشي من ذلك بعلمه لكنه يقضي بالمال -

في السرقة لان القاضي يقضي بعلمه في الاموال سوا علم بذلك قبل زمان القضا
ومكانه او بعدهما بلا خلاف بين اصحابنا وسوا علم بذلك معاينة بان راي
انسانا يزني ويسرق ويشرب او بسماع الاقرار به في غير مجلسه الذي
يقضي فيه بين الناس فان كان اقراره في مجلس القضا لزمه موجب اقراره اذ
لو لم يقبل اقراره لاحتاج القاضي الي ان يكون معه جماعة علي الاقرار في كل حادثة
واجماع الامة بخلافه والله اعلم ويظهر به حد القذف في زمان القضا
ومكانه كالقصاص وساير الحقوق والاموال بلا خلاف بين اصحابنا وانما
اختلفوا في ظهور ذلك بعلمه في غير زمان القضا ومكانه وقد ذكرنا جملة ذلك بدلائله م
في كتاب ادب القاضي ولا يظهر حد السرقة بالنكول لكنه يقضي بالمال
لان النكول اما بذل واما اقرار فيه شبهة العدم والحد لا يحتمل البذل ولا يثبت
بالشبهة والمال يحتمل البذل والثبوت بالشبهة واما الخصومة فهل هي
شرط ثبوت الحد بالشهادة والاقرار فلا خلاف في انها ليست بشرط في حد
الزنا والشرب لانه خالص حق الله تعالي والخصومة ليست بشرط في الحدود
الخالصة لله تعالي لانها تقام حسبة لله تعالي فلا يتوقف ظهورها علي دعوي
العبد ولا خلاف في حد السرقة ان الخصومة فيها شرط الظهور بالشهادة
لان حد السرقة وان كان حق الله تعالي خالصا لكن هذا الحق لا يثبت الا بعد
كون المسروق ملكا للمسروق منه ولا يظهر ذلك الا بالخصومة وفي كونها شرط
الظهور بالاقرار خلاف ذكرناه في كتاب السرقة ولا خلاف ايضا في انها
شرط الظهور بالشهادة علي القذف والاقرار به اما علي اصل الشافعي فلانه
خالص حق العبد فتشترط فيه الدعوي كما في ساير حقوق العباد وعندنا حق
الله تعالي وان كان هو المغلب فيه لكن للعبد فيه حق لانه ينتفع به بصيانة
عرضه عن الهتك فيشترط فيه الدعوي من هذه الجهة واذا عرف ان الخصومة
في حد القذف شرط كون البينة والاقرار مظهرين فيه فيقع الكلام في
موضعين احدهما في بيان الاحكام التي تتعلق بالدعوي والخصومة والثاني
في بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها اما الاول فنقول ولا قوة الا بالله
الافضل للمقذوف ان يترك الخصومة لان فيها اشاعة الفاحشة وهو مندوب
الي تركها وكذا العفو عن الخصومة والمطالبة التي هي حقها من باب الفضل
والكرامة وقد قال الله تعالي وان تعفوا اقرب للتقوي ولا تنسوا الفضل بينكم
واذا رفع الي القاضي يستحسن للقاضي ان يقول قبل الاثبات بالبينة اعرض عن هذا

لانه

لانه ندب الي الستر والعفو وكل ذلك حسن وان لم يترك الخصومة وادعي القذف
علي القاذف فانكر ولا بينة للمدعي فاراد استحلافه بالله ما قذفه هل يحلف
ذكر الكرخي انه لا يحلف عند اصحابنا خلافا للشافعي وذكر في ادب القاضي انه يحلف
عند اصحابنا في ظاهر الرواية عنهم واذا نكل يقضي عليه بالحد وقال بعضهم يحتمل
ان يحلف واذا نكل يقضي عليه بالتعزير لا بالحد وهذه الاقاويل ترجع الي اصل وهو
ان عند الشافعي حد القذف خالص حق العبد فيجري فيه الاستحلاف كما في ساير
حقوق العباد واما علي اصل اصحابنا ففيه حق الله تعالي وحق العبد فمن قال منهم
انه يحلف ويقضي بالحد عند النكول اعتبر ما فيه من حق العبد فالحقه
في التحليف بالتعزير ومن قال منهم انه لا يحلف اصلا اعتبر حق الله تعالي فيه
لانه المغلب فالحقه بساير حقوق الله تعالي الخالصة والجامع ان المقصود
من الاستحلاف هو النكول وانه علي اصل ابي حنيفة رحمه الله بذل والحد لا يحتمل
البذل وعلي اصلهما اقرار فيه شبهة العدم لانه ليس بصريح اقرار بل هو
اقرار بطريق السكوت فكان فيه شبهة العدم والحد لا يثبت بدليل فيه
شبهة العدم ومن قال منهم انه يحلف ويقضي بالتعزير عند النكول دون
الحد اعتبر حق العبد فيه للاستحلاف كالتعزير واعتبر حق الله تعالي
للمنع من اقامة الحد عند النكول كساير الحدود ومثل هذا جايز كحد السرقة
انه يجري فيه الاستحلاف ولا يقضي عند النكول بالحد ولكن يقضي
بالمال وكما قال ابو يوسف ومحمد في القصاص في الطرف والنفس انه
يحلف وعند النكول لا يقضي بالقصاص بل بالدية علي ما عرف وان قال
المدعي لي بينة حاضرة في المصر علي قذفه يحبس المدعي عليه القذف
الي قيام الحاكم من مجلسه والمراد من الحبس الملازمة اي يقال للمدعي
لازمه الي هذا الوقت فان احضر البينة فيه والا خلي سبيله ولا يوخذ
منه كفيل بنفسه هذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يوخذ منه
الكفيل ولا يحبس وهذا بنا علي ان الكفالة في الحدود غير جايزة عند ابي حنيفة
رحمه الله حيث قال في الكتاب ولا كفالة في حد ولا قصاص وقال ابو يوسف
ومحمد يكفل ثلاثة ايام وذكر الجصاص في تفسير قول ابي حنيفة ان معناه
لا يوخذ الكفيل في الحدود والقصاص جبرا فاما اذا بذل من نفسه واعطي
الكفيل فهو جايز بالاجماع فظاهر اطلاق الكتاب يدل علي عدم الجواز
لان كلمة النفي اذا دخلت علي الافعال الشرعية يراد بها نفي الجواز من الاصل كما في

قوله عليه السلام لا صلاة إلا بطهور ولا نكاح إلا بشهود ونحو ذلك وجه
قولهما أن الحبس جائز في الحدود فالكفالة أولى لأن معنى التوثقة في الحبس أبلغ
منه في الكفالة فلما جاز الحبس فالكفالة أحق بالجواز ولأبي حنيفة رحمه الله
أن الكفالة شرعت للاستيثاق والحدود مبناها على الدرء والإسقاط
قال النبي صلى الله عليه وسلم ادرؤوا الحدود ما استطعتم فلا يناسبها الاستيثاق
بالكفالة بخلاف الحبس فإن الحبس للتهمة مشروع روي أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وقد ثبتت التهمة في هذه المسألة بقوله لي
بينة حاضرة في المصر فجاز الحبس فإذا أقام المدعي شاهدين لا يعرفهما
القاضي أي تظهر عدالتهما بعد الحبس بلا خلاف ولا يؤخذ منه كفيل وإن
أقام شاهدا واحدا عدلا يحبس عند أبي حنيفة وعندهما لا يحبس ويؤخذ
منه كفيل وجه قولهما أن الحق لا يظهر بقول الواحد وإن كان عدلا
فالحبس من ابن بخلاف الشاهدين فإن سبب ظهور الحق قد وجد
وهو كمال عدد الحجة إلا أنه توقف الظهور لتوقف ظهور العدالة فتثبت
الشبهة فيحبس وجه قول أبي حنيفة أن قول الشاهد الواحد وإن كان
لا يوجب الحق فإنه يوجب التهمة وحبس المتهم جائز ولو قال المدعي لا بينة
لي أو بينتي غائبة أو خارج المصر لا يحبس بالإجماع لعدم التهمة فإن قامت
البينة للمقذوف على القذف أو أقر القاذف به فإن القاضي يقول له أقم البينة
على صحة قذفك فإن أقام أربعة من الشهود على معاينة الزنا من المقذوف
أو على إقراره بالزنا سقط الحد عن القاذف ويقام حد الزنا على المقذوف
وإن عجز عن إقامة البينة يقيم حد القذف على القاذف لقوله تعالى والذين
يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وإن
طلب التأجيل من القاضي وقال شهودي غيب أو خارج المصر لم يؤجله ولو قال
شهودي في المصر أجله إلى آخر المجلس ولازمه المقذوف ويقال له ابعث
أحدا إلى شهودك فأحضرهم ولا يؤخذ منه كفيل بنفسه في قول أبي حنيفة
وقال أبو يوسف ومحمد يؤجل يومين أو ثلاثة ويؤخذ منه الكفيل وجه
قولهما أنه يحتمل أن يكون صادقا في إخباره أن له بينة في المصر وربما لا يمكنه
الإحضار في ذلك المجلس فيحتاج إلى التأخير إلى المجلس الثاني وأخذ الكفيل لئلا
يفوت حقه عسى ولأبي حنيفة أن في التأجيل إلى المجلس الثاني منعا من استيفا
الحد بعد ظهوره وهذا لا يجوز بخلاف التأخير إلى آخر المجلس لأن ذلك القدر لا

بعد

يعد تأجيلا ولا منعا من استيفا الحد بعد ظهوره وروي عن محمد أنه إذا ادعى أن له
بينة حاضرة في المصر ولم يجد أحدا يبعثه إلى الشهود فإن القاضي يبعث معه
من الشرط من يحفظه ولا يتركه حتى يفر فإن لم يجد ضرب الحد ولو ضرب بعض
الحد ثم أقام القاذف البينة على صدق مقالته قبلت بينته وسقطت بقية
الجلدات ولا تبطل شهادته ويقام حد الزنا على المقذوف كما لو أقامها قبل أن يضرب
الحد أصلا ولو ضرب الحد بتمامه ثم أقام البينة على زنا المقذوف قبلت بينته
ويظهر أثر القبول في جواز شهادة القاذف وأن لا يصير مردود الشهادة لأنه
تبين أنه لم يكن محدودا في القذف حقيقة حيث تبين أن المقذوف لم يكن محصنا
لأن من شرائط الإحصان العفة عن الزنا وقد ظهر زناه بشهادة الشهود فلم يصر
القاذف مردود الشهادة ولا يظهر أثر قبول هذه الشهادة في إقامة حد
الزنا على المقذوف لأن معنى القذف قد تقرر بإقامة الحد على القاذف ولو قذف
رجلا فقال يا ابن الزانية ثم ادعى القاذف أن أم المقذوف أمة أو نصرانية والمقذوف
يقول هي حرة مسلمة فالقول قول القاذف وعلى المقذوف البينة على الحرية
والإسلام وكذلك لو قذف إنسانا في نفسه ثم ادعى القاذف أن المقذوف عبد
فالقول قول القاذف وكذلك لو قال القاذف أنا عبد وعلي حد العبيد وقال
المقذوف إنه حر فالقول قول القاذف لأن الظاهر وإن كان هو الحرية والإسلام
لأن دار الإسلام دار الأحرار لكن الظاهر لا يصلح للإلزام على الغير فلا بد من الإثبات
بالبينة وروي عن أبي يوسف فيمن قذف أم رجل فإن كان القاضي يعرف أمه حرة
مسلمة جلد القاذف لأن الحرية والإسلام يثبتان بالبينة فبعلم القاضي أولى لأنه
فوق البينة ولأن الحرية والإسلام من شرائط الإحصان والإحصان شرط الوجوب
والقاضي يقضي بعلمه بسبب وجوب هذا الحد فلأن يقضي بعلمه بشرط الوجوب
أولى فإن لم يعلم القاضي حبسه في السجن حتى يأتي بالبينة لأنه ظهر منه القذف
وأنه يوجب العقوبة سواء كان المقذوف أمه أمة أو حرة فجاز أن يستوثق منه بالحبس
وإن لم يقم بينة أخذ منه كفيلا وأخرجه وأخذ الكفيل على مذهبه فأما على مذهب
أبي حنيفة فلا يؤخذ الكفيل على ما بينا ولا يعزره لأن التعزير من القاضي حكم بإبطال
إحصان المقذوف لأن قذف المحصن يوجب الحد لا التعزير ولا يجوز الحكم بإبطال ل
الإحصان ولو شهد شاهدان على المقذوف واختلفا في مكان القذف أو زمانه بأن
شهد أحدهما أنه قذف في مكان كذا وشهد الآخر أنه قذف في مكان آخر وشهد
أحدهما أنه قذف يوم الخميس وشهد الآخر أنه قذف يوم الجمعة قبلت شهادتهما

ووجب الحد عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا تقبل وجه قولهما انهما شهدا
بقذفين مختلفين لان القذف في هذا المكان والزمان يخالف القذف في مكان اخر
وزمان اخر فقد شهد كل واحد منهما بقذف غير القذف الذي شهد به الاخر وليس
على احدهما شهادة شاهدين فلا يثبت ولابي حنيفة رحمه الله ان اختلاف مكان
القذف وزمانه لا يوجب اختلاف القذف لجواز انه كرر القذف الواحد في مكانين
وزمانين لان القذف من باب الكلام والكلام مما يحتمل التكرار والاعادة والمعاد عين
الاول حكما وان كان غيره حقيقة فكان القذف واحدا وقد اجتمع عليه شهادة
شاهدين وان اتفقا في المكان والزمان واختلفا في الانشا والاقرار فان شهد احدهما
انه قذفه في هذا المكان يوم الجمعة وشهد الاخر انه اقر بقذفه في هذا المكان يوم الجمعة
لا يقبل ولا يحد عليه في قولهم جميعا استحسانا والقياس ان تقبل ويحد وجه
القياس ان اختلاف كلامهما في الانشا والاقرار لا يوجب اختلاف القذف كما اذا
شهد احدهما بانشا البيع والاخر بالاقرار به انه تقبل شهادتهما كذا هذا وجه
الاستحسان ان الانشا مع الاقرار امران مختلفان حقيقة لان الانشا اثبات امر لم يكن
والاقرار اخبار عن امر كاين فكانا مختلفين حقيقة فكان المشهود به مختلفا وليس
على احدهما شهادة شاهدين فلا تقبل ونظيره من قال لامراته زنيت قبل ان
اتزوجك فعليه اللعان لا الحد ولو قال لها قذفتك بالزنا قبل ان اتزوجك فعليه
الحد لا اللعان لان قوله زنيت انشا القذف فكان قاذفا لها للحال وهي للحال زوجته
وقذف الزوج يوجب اللعان لا الحد وقوله قذفتك بالزنا اقرار منه بقذف كان
منه قبل التزوج وهي كانت اجنبية قبل التزوج وقذف الاجنبية يوجب الحد لا اللعان
والله اعلم واما بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها فنقول ولا قوة الا بالله المقذوف بلغ
لا يخلو اما ان يكون حيا وقت القذف واما ان يكون ميتا فان كان حيا فلا خصومة
لاحد سواه وان كان ولدا او والدا وسوا كان حاضرا او غايبا لانه اذا كان حيا
وقت القذف كان هو المقذوف صورة ومعنى بالحاق العار به فكان حق الخصومة له
وهل تجوز الانابة في هذه الخصومة وهو التوكيل بالاثبات بالبينة اختلف
اصحابنا فيه قال ابو حنيفة ومحمد يجوز وقال ابو يوسف لا يجوز وقد مرت
المسلة في كتاب الوكالة ولا يجوز التوكيل فيه بالاستيفا عندنا خلافا للشافعي
والمراد بذلك ان حضرة المقذوف بنفسه شرط جواز الاستيفا عندنا وعنده
ليس بشرط وتقوم حضرة الوكيل مقام حضرة الموكل على ان هذا الحد عنده حق المقذوف
على الخلوص فتجري فيه النيابة في الاثبات والاستيفا جميعا ولنا ان الاستيفا

عنـ

عند غيبة الموكل بنفسه استيفا مع الشبهة لجواز انه لو كان حاضرا لصدق القاذف
في قذفه والحدود لا تستوفى مع الشبهات ولو كان المقذوف حيا وقت القذف ثم
مات قبل الخصومة او بعدها سقط الحد عندنا خلافا للشافعي بنا على ان حد القذف
لا يورث عندنا وعنده يورث وستاتي المسلة في موضعها ان شا الله تعالى هذا اذا
كان حيا وقت القذف واما اذا كان ميتا فلا خلاف في ان لولده ذكرا كان او انثى ولابن
ابنه وبنت ابنه وان سفلوا ولوالده وان علا ان يخاصم القاذف في القذف لان معنى
القذف هو الحاق العار بالمقذوف والميت ليس بمحل لالحاق العار به فلم يكن معنى القذف
راجعا اليه بل الى فروعه واصوله لانه يلحقهم العار بقذف الميت لوجود الجزئية والبعضية
وقذف الانسان يكون قذفا لاجزايه فكان القذف لهم من حيث المعنى فيثبت لهم حق
الخصومة لدفع العار عن انفسهم بخلاف ما اذا كان المقذوف حيا وقت القذف
ثم مات انه ليس للولد والوالد حق الخصومة بل يسقط لان القذف اضيف اليه وهو
كان محلا قابلا للقذف صورة ومعنى بالحاق العار به فانعقد القذف موجبا حق
الخصومة له خاصة فلو انتقل الى ورثته لانتقل اليهم بطريق الارث وهذا الحد لا
يحتمل الارث لما نذكر فسقط ضرورة ولا خلاف في ان الاخوة والاخوات والاعمام
والعمات والاخوال والخالات لا يملكون الخصومة لان العار لا يلحقهم لانعدام الجزوية
والبعضية فالقذف لا يتناولهم لا صورة ولا معنى وكذا ليس لمولى العتاقة ولاية الخصومة
لان القذف لم يتناوله صورة ومعنى بالحاق العار به واختلف اصحابنا في اولاد
البنات انهم هل يملكون الخصومة قال ابو حنيفة وابو يوسف يملكون وقال محمد
لا يملكون وجه قول محمد ان ولد البنت ينسب الى ابيه لا الى جده فلم يكن مقذوفا
معنى بقذف جده ولهما ان معنى الولاد موجود والنسبة الحقيقية ثابتة
بواسطة امه فصار مقذوفا معنى فيملك الخصومة وهل يراعى فيه الترتيب بتقدم
الاقرب على الابعد قال اصحابنا الثلاثة لا يراعى والاقرب والابعد فيه سوا حتى
كان لابن الابن ان يخاصم مع قيام الابن الصلبي وعند زفر يراعى فيه الترتيب ويثبت
للاقرب فالاقرب وليس للابعد حق الخصومة والمطالبة بالقذف لالحاق العار
بالمخاصم ولا شك ان عار الاقرب يزيد على عار الابعد فكان اولى بالخصومة ولنا
ان هذا الحق ليس يثبت بطريق الارث على معنى انه يثبت الحق للميت ثم ينتقل الى
الورثة بل يثبت لهم ابتدا لا بطريق الانتقال من الميت اليهم لما ذكرنا ان الميت بالموت
خرج عن احتمال لحوق العار به فلم يكن ثبوت الحق لهم بطريق الارث فلا يراعى فيه
الاقرب والابعد وكذا لا يراعى فيه احصان المخاصم بل الشرط احصان المقذوف عند

أصحابنا الثلاثة حتى لو كان الولد أو الوالد عبدا أو ذميا فله حق الخصومة وقال زفر
إحصان المخاصم شرط وليس للعبد ولا للكافر أن يخاصم وجه قوله أن إثبات حق
الخصومة له لصيرورته مقذوفا معنى بإضافة القذف إلى الميت ولو أضيف إليه
القذف ابتداء لا يجب الحد فههنا أولى ولنا أن الحد لا يجب لعين القذف بل للحوق
عار كامل بالمقذوف وإذا كان الميت محصنا فقد لحق الولد عار كامل بالمقذوف
فلا يشترط إحصانه لأن اشتراطه للحوق عار كامل به وقد لحقه بدونه ولو كان
الوارث قتله حتى حرم الميراث فله أن يخاصم لما ذكرنا أن هذا الحق لا يثبت بطريق
الإرث ولو قذف رجل أم ابنه وهي ميتة فليس للولد أن يخاصم أباه لأن الأب
لو قذف ولده وهو حي محصن ليس للولد أن يخاصم أباه تعظيما له ففي قذف
الأم الميتة أولى وكذلك المولى إذا قذف أم عبده وهي حرة ميتة فليس
للعبد أن يخاصم مولاه في القذف لأنه عبد مملوك لا يقدر على شيء والله الموفق
فصل وأما صفات الحدود فنقول لا خلاف في حد الزنا والشرب والسكر
والسرقة أنه لا يحتمل العفو والصلح والإبراء بعد ما ثبت بالحجة لأنه حق الله تعالى
خالصا لا حق للعبد فيه فلا يملك إسقاطه وكذا يجري فيه التداخل حتى لو زنا
مرارا أو شرب الخمر مرارا أو سكر مرارا لا يجب عليه إلا حد واحد لأن المقصود
من إقامة الحد هو الزجر وأنه يحصل بحد واحد فكان في الثاني والثالث احتمال
عدم حصول المقصود فكان فيه احتمال عدم الفائدة ولا يجوز إقامة الحد
مع احتمال عدم الفائدة ولا يجوز إقامة الحد ولو زنا أو شرب أو سكر أو
سرق فحد ثم زنا أو شرب أو سكر أو سرق يحد ثانيا لأنه تبين أن المقصود
لم يحصل وكذا إذا سرق سرقات من أناس مختلفة فخاصموا جميعا فقطع
لهم كان القطع عن السرقات كلها والكلام في الضمان ذكرناه في كتاب السرقة
وأما حد القذف إذا ثبت بالحجة فكذلك عندنا لا يجوز العفو عنه والإبراء
والصلح وكذلك إذا عفا المقذوف قبل المرافعة أو صالح على مال فذلك
باطل ويرد بدل الصلح وله أن يطالبه بعد ذلك وعند الشافعي رحمه الله
يصح ذلك كله وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف وكذا يجري فيه التداخل
عندنا حتى لو قذف أناسا بالزنا وقذف كل واحد بكلام على حدة لا يجب
عليه إلا حد واحد سواء حضروا جميعا أو حضر واحد [واحد] وقال الشافعي إذا
قذف كل واحد بكلام على حدة فعليه لكل واحد حد على حدة ولو ضرب القاذف
تسعة وسبعين سوطا ثم قذف آخر ضرب السوط الأخير فقط عندنا وعنده

يضرب السوط الآخر للأول وثمانين سوطا آخر للثاني ولو قذف رجلا فحد
ثم قذف آخر يحد للثاني بلا خلاف وكذا هذا الحد لا يورث عندنا وعنده يورث
ويقسم بين الورثة على فرائض الله تعالى في قول وفي قول يورث ويقسم بين الورثة
إلا الزوج والزوجة فالكلام في هذه الفروع بناء على أصل مختلف بيننا وبينه وهو
أن حد القذف خالص حق الله تعالى أو المغلب فيه حقه وحق العبد مغلوب عندنا
وعنده هو حق العبد أو المغلب حق العبد وجه قوله أن سبب وجوب هذا الحد
هو القذف والقذف جناية على عرض المقذوف بالتعرض وعرضه حقه
بدليل أن بدل نفسه حقه وهو القصاص في العمد أو الدية في الخطأ فكان المبدل
حقه والجزاء الواجب على حق الإنسان حقه كالقصاص والدليل عليه أنه يشترط
فيه الدعوى والدعوى لا تشترط في حقوق الله تعالى كسائر الحقوق إلا أنه لم
يفوض استيفاؤه إلى المقذوف لأجل التهمة لأن ضرب القذف أخف الضربات
في الشرع فلو فوض إليه إقامة هذا الحد لربما يقيمه على وجه الشدة لما لحقه
من الغيظ بسبب القذف ففوض استيفاؤه إلى الإمام دفعا للتهمة لا لأنه حق الله
تعالى ولنا أن سائر الحدود إنما كانت حقوق الله تعالى على الخلوص لأنها وجبت
لمصالح العامة وهي دفع فساد يرجع إليهم ويقع حصول الصيانة لهم فحد الزنا
وجب لصيانة الأبضاع عن التعرض وحد السرقة وقطع الطريق وجب لصيانة
الأموال والأنفس عن القاصدين وحد الشرب وجب لصيانة الأنفس والأموال
والأبضاع في الحقيقة بواسطة صيانة العقول عن الزوال والاستتار بالسكر
وكل جناية يرجع فسادها إلى العامة ومنفعة جزائها تعود إلى العامة كان الجزاء
الواجب بها حق الله تعالى على الخلوص تأكيدا للنفع لدفع ٢ كيلا يسقط بإسقاط ٢ الفساد
العبد وهو معنى نسبة هذه الحقوق إلى الله تعالى وهذا المعنى موجود في حد
القذف لأن مصلحة الصيانة ودفع الفساد يحصل للعامة بإقامة هذا الحد
فكان حق الله تعالى على الخلوص كسائر الحدود وإلا أن الشرع شرط فيه الدعوى من
المقذوف وهذا لا ينفي كونه حقا لله تعالى على الخلوص كحد السرقة أنه خالص
حق الله تعالى وإن كانت الدعوى من المسروق منه شرطا ثم نقول إنما شرط
فيه الدعوى وإن كان خالص حق الله تعالى لأن المقذوف يطالب القاذف ظاهرا
وغالبا دفعا للعار عن نفسه فيحصل ما هو المقصود من شرع الحد كما في السرقة
ولأن حقوق العباد تجب بطريق المماثلة إما صورة ومعنى وإما معنى لا صورة لأنها
تجب بمقابلة المحل جبرا والجبر لا يحصل إلا بالمثل ولا مماثلة بين الحد والقذف

لا صورة ولا معنى فلا يكون حقه فاما حقوق الله تعالى فلا يعتبر فيها المماثلة لانها تجب
جزاء للفعل ولنا ايضا دلالة الاجماع من وجهين احدهما ان ولاية الاستيفاء كتاب الحدود م
للامام بالاجماع ولو كان حق المقذوف لكان ولاية الاستيفاء له كما في القصاص والثاني
انه يتنصف برق القاذف وحق الله تعالى هو الذي يحتمل التنصيف بالرق لا حق
العبد لان حق الله تعالى يجب جزاء للفعل والجزاء يزداد بزيادة الجناية وينتقص
بنقصانها والجناية تتكامل بكمال حال الجاني وتنتقص بنقصان حاله فاما حق
العبد فانه يجب بمقابلة المحل ولا يختلف باختلاف حال الجاني واذا ثبت
ان حد القذف حق الله تعالى خالصا او المغلب فيه حقه فنقول لا يصح العفو عنه
لان العفو انما يكون من صاحب الحق ولا يصح الصلح والاعتياض لان الاعتياض عن
حق الغير لا يصح ولا يجري فيه الارث لان الارث انما يجري في المتروك من حق
او ملك للمورث على ما قال صلى الله عليه وسلم من ترك مالا او حقا فهو لورثته ولم
يوجد شيء من ذلك فلا يورث ولا يجري فيه التداخل لما قلنا والله اعلم فصل
واما بيان مقدار الواجب منها فمقدار الواجب في حد الزنا اذا لم يكن الزاني محصنا
مائة جلدة ان كان حرا وان كان مملوكا فخمسون لقوله تعالى فاذا احصن فان
اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ولان العقوبة على
قدر الجناية والجناية تزداد بكمال حال الجاني وتنتقص بنقصان حاله والعبد
انقص حالا من الحر لاختصاص الحر بنعمة الحرية فكانت جنايته انقص ونقصان
الجناية توجب نقصان العقوبة لان الحكم يثبت على قدر العلة هذا امر معقول
الا ان التنقيص بالتنصيف في غيره من المقادير ثبت شرعا بقوله فعليهن نصف
ما على المحصنات من العذاب وفي حد الشرب والسكر والقذف ثمانون في
الحر واربعون في العبد لما قلنا وفي حد السرقة لا يختلف قدر الواجب بالرق
والحرية لعموم قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما ولا يختلف
بالذكورة والانوثة في شيء من الحدود والله اعلم فصل واما شرائط جواز
اقامتها فمنها ما يعم الحدود كلها ومنها ما يخص البعض دون البعض اما الذي يعم
الحدود كلها فهو الامامة وهو ان يكون المقيم للحد هو الامام او من ولاه الامام
وهذا عندنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط وللمولى ان يقيم على مملوكه اذا ظهر الحد م
الحد عنده بالاقرار اربعا عندنا ومرة عنده او بالمعاينة بان راى عبده زنا
باجنبية ولو ظهر عنده بالشهود بان شهدوا عنده والمولى من اهل القضاء فله فيه
قولان وكذا في اقامة المراة الحد على مملوكها واقامة المكاتب الحد على عبد من اكسابه

له قولان احتج بما روي عن علي رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اقيموا الحدود
على ما ملكت ايمانكم وهذا نص وروي عنه عليه السلام انه قال اذا زنت امة احدكم
فليجلدها فان عادت فليجلدها فان عادت فليجلدها فان عادت فليبعها ولو بضفير
اي بحبل هذا ايضا نص في الباب ولان السلطان انما ملك الاقامة لتسلطه على الرعية
وتسلط المولى على مملوكه فوق تسلط السلطان على رعيته الا ترى انه يملك الاقرار عليه
بالدين ويملك عليه التصرفات والامام لا يملك شيئا من ذلك فلما ثبت الجواز للسلطان
فالمولى اولى ولهذا ملك اقامة التعزير عليه كذا الحد ولنا ان ولاية اقامة الحدود
ثابتة للامام بطريق التعيين والمولى لا يساويه فيما شرع له هذه الولاية فلا
يثبت له ولاية الاقامة استدلالا بولاية انكاح الصغار والصغائر لانها لما ثبتت
للاقرب لم تثبت لمن لا يساويه فيما شرع له الولاية وهو الابعد وبيان ذلك ان
ولاية اقامة الحد انما ثبتت للامام لمصلحة العباد وهي صيانة انفسهم واموالهم
واعراضهم لان القضاة يمتنعون من التعرض خوفا من اقامة الحد عليهم والمولى لا
يساوي الامام في هذا المعنى لان ذلك يقف على الامامة والامام قادر على الاقامة
بشوكته ومنعته وانقياد الرعية له قهرا وجبرا ولا يخاف تبعة الجناة واتباعهم
لانعدام المعارضة بينهم وبين الامام وتهمة الميل والمحاباة والتواني عن الاقامة
منتفية في حقهم فيقيم على وجهها ليحصل الغرض المشروع له الولاية بيقين
فاما المولى فربما يقدر على الاقامة بعينها وربما لا يقدر لمعارضة العبد اياه لانه
ربما يكون مثله يعارضه فيمنعه عن الاقامة خصوصا عند خوف الهلاك على نفسه فلا
يقدر على الاقامة وكذا المولى يخاف على نفسه وماله من العبد الشرير لو قصد
اقامة الحد عليه ان ياخذ بعض امواله ويقصد اهلاكه ويهرب منه فيمتنع
عن الاقامة ولو قدر على الاقامة فقد يقيم وقد لا يقيم لما في الاقامة من نقصان
قيمته بسبب عيب الزنا والسرقة او يخاف سراية الجلدات الى الهلاك والمرء
مجبول على حب المال ولو اقام فقد يقيم على الوجه وقد لا يقيم على الوجه بل من
حيث الصورة فلا يحصل الزجر فثبت ان المولى لا يساوي الامام في تحصيل ما شرع
له اقامة الحد فلا يزاحمه في الولاية بخلاف التعزير من وجهين احدهما ان
التعزير هو التعيير والتوبيخ وذلك غير مقدر فقد يكون بالحبس وقد يكون
برفع الصوت وتعبيس الوجه وقد يكون بضرب اسواط على حسب الجناية وحال
الجاني على ما نذكره في موضعه والمولى يساوي الامام في هذا لانه من باب التاديب
فله قدرة التاديب والعبد ينقاد بمثله للمولى ولا يعارضه والمولى ايضا لا يمتنع

من هذا القدر من الايلام لانه لا يوجب نقصانا في مالية العبد ولا تعييبا فيه بخلاف
الحد والثاني ان في التعزير ضرورة ليست في الحد لان اسباب التعزير مما يكثر
وجودها فيحتاج المولي الي ان يعزر مملوكه في كل يوم وكل ساعة وفي الرفع الي
الامام في كل حين وربما زمان حرج عظيم علي الموالي ففوضت اقامته الي الموالي شرعا
او صار المولى ماذونا في ذلك من جهة الامام دلالة وصار نايبا عن الامام فيه ولا
حرج في الحد لانه لا يكثر وجوده لانعدام كثرة اسباب وجوبه واما الحديثان
فيحتمل ان يكون خطابا لقوم معلومين علم رسول الله صلي الله عليه وسلم من طريق
الوحي انهم يقيمون الحدود من غير تقصير مثل الامير والسلطان ويحتمل ان
يكون ذلك خطابا للايمة في حق عبيدهم والتخصيص للترغيب في اقامة الحد
لما ان الايمة والسلاطين لا يباشرون الاقامة بانفسهم عادة بل يفوضونها
الي الحكام والمحتسبين وقد يجي منهم تقصير ويحتمل الاقامة بطريق التسبيب — في ذلك صح
بالسعي لدفع ذلك الي الامام بطريق الحسبة وتخصيص المولي للترغيب
لهم في الاقامة لاحتمال الميل والتقصير في ذلك ويحتمل ان يكون المراد من الحد
المذكور في الحديث التعزير لوجود معني الحد فيه وهو المنع فلا يصح الاحتجاج
بهما مع الاحتمال والله اعلم وللامام ان يستخلف علي اقامة الحدود لانه لا يملك
استيفا الجميع بنفسه لان اسباب وجوبها توجد في اقطار دار الاسلام
ولا يمكنه الذهاب اليها وفي الاحضار الي مكان الامام حرج عظيم فلو لم يجز
الاستخلاف لتعطلت الحدود وهذا لا يجوز ولهذا كان رسول الله صلي الله عليه وسلم
يجعل الي الخلفا تنفيذ الاحكام واقامة الحدود ثم الاستخلاف نوعان تنصيص
وتولية اما التنصيص فهو ان ينص علي اقامة الحدود فيجوز للخليفة اقامتها
بلا شك واما التولية فعلي ضربين خاصة فالعامة هي ان يولي رجلا ولاية — عامة و صح
عامة مثل امارة اقليم او بلد عظيم فيملك اقامة الحدود وان لم ينص عليها — المولى صح
لانه لما قلده امارة ذلك البلد فقد فوض اليه القيام بمصالح المسلمين واقامة
الحدود معظم مصالحهم فيملكها والخاصة هي ان يولي رجلا ولاية خاصة
مثل جباية الخراج ونحو ذلك فلا يملك اقامة الحدود لان هذه التولية لم
تتناول اقامة الحدود ولو استعمل اميرا علي الجيش الكبير فان كان امير مصر
او مدينة فغزا بجنده فانه يملك اقامة الحدود في معسكره لانه كان يملك
الاقامة في بلده فاذا خرج باهله او ببعضهم ملك عليهم ما كان يملك فيهم
قبل الخروج وبعد الخروج لم يفوض اليه الاقامة فلا يملك الاقامة وللامام

(في الهامش: وان اخرج حشما امير البلد غازيا فانما كان يملكه اقامة الحد عليهم قبل الخروج صح)

العدل

العدل ان يقيم الحدود وينفذ القضا في معسكره كما له ان يفعل ذلك في المصر لان
للامام ولاية علي جميع دار الاسلام ثابتة وكذا اذا استعمل قاضيا له ان يفعل
ذلك في المعسكر لانه نايب الامام والله الموفق واما الذي يخص البعض دون — بلغ
البعض فمنها البداية من الشهود في حد الرجم اذا ثبت بالشهادة حتي لو
امتنع الشهود عن البداية او ماتوا او غابوا كلهم او بعضهم لا يقام الرجم علي المشهود
عليه وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وهو احدي الروايتين عن ابي يوسف استحسانا
وروي عن ابي يوسف رواية اخري انها ليست بشرط ويقام الرجم علي المشهود
عليه وهو قول الشافعي وجه القياس ان الشهود فيما ورا الشهادة وساير الناس — وهو القياس صح
سوا ثم لا تشترط البداية من احد منهم فكذا من الشهود ولان الرجم احد نوعي الحد
فيعتبر بالنوع الاخر وهو الجلد والبداية من الشهود ليست بشرط فيه كذا في
الرجم ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال يرجم الشهود اولا ثم الامام ثم الناس
وكلمة ثم للترتيب وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينقل انه انكر عليه احد فيكون
اجماعا ولان في اعتبار هذا الشرط احتياطا في درء الحد لان الشهود اذا بداوا
بالرجم ربما استعظموا فعله فيحملهم ذلك علي الرجوع عن الشهادة فيسقط الحد
عن المشهود عليه بخلاف الجلد لانا انما عرفنا البداية شرطا استحسانا بالاثر
والاثر ورد في الرجم خاصة فبقي امر الجلد علي اصل القياس ولان الجلد لا يحسنه
كل احد ففوض استيفاوه الي الايمة بخلاف الرجم والله اعلم ومنها اهلية ادا
الشهادة للشهود عند الاقامة في الحدود كلها حتي لو بطلت الاهلية بالفسق
او الردة او الجنون او العمي او الخرس او حد القذف بان فسق الشهود او ارتدوا او جنوا
او عموا او خرسوا او ضربوا حد القذف كلهم او بعضهم لا يقام الحد علي المشهود عليه
لان اعتراض اسباب الجرح علي الشهادة عند امضا الحد بمنزلة اعتراضها عند
القضا به واعتراضها عند القضا يبطل الشهادة فكذا عند الامضا لان الامضا
في باب الحدود من القضا واما موت الشهود وغيبتهم عند الاقامة فلا
يمنعان من الاقامة في ساير الحدود الا الرجم حتي لو ماتوا كلهم او غابوا كلهم او
بعضهم يقام الحد علي المشهود عليه الا الرجم لانهما ليسا من اسباب الجرح لان
اهلية الشهادة لا تبطل بالموت والغيبة بل تتناهي وتتقرر ويختم بهما العدالة
علي وجه لا يحتمل الجرح وفي حد الرجم انما يمنعان الاقامة لا لانهما يجرحان في
الشهادة بل لان البداية من الشهود شرط جواز الاقامة ولم يوجد وروي
عن محمد رحمه الله في الشهود اذا كانوا مقطوعي الايدي او بهم مرض لا يستطيعون

الذمي ان الامام يرجم ثم الناس وجعل قطع اليد والمرض عذرا في فوات البداية ولم
يجعل الموت عذرا فيه وان ثبت الرجم بالاقرار بدا به الامام ثم الناس والله اعلم
ومنها ان لا يكون في اقامة الجلدات خوف الهلاك لان هذا الحد شرع زاجرا لا
مهلكا فلا يجوز اقامته في الحر الشديد والبرد الشديد لما في الاقامة فيهما من
خوف الهلاك ولا يقام على مريض حتى يبرا لانه يجتمع عليه وجع المرض والم
الضرب فيخاف الهلاك ولا يقام على النفساء حتى ينقضي النفاس لان النفاس
نوع مرض ويقام على الحايض لان الحيض ليس بمرض ولا يقام على الحامل حتى تضع
وتطهر من النفاس لان فيه خوف هلاك الولد والوالدة ويقام الرجم في هذا
كله الا على الحامل لان ترك الاقامة في هذه الاحوال احتراز عن الهلاك والرجم
حد مهلك فلا معنى للاحتراز عن الهلاك فيه الا انه لا يقام على الحامل لان
فيه اهلاك الولد بغير حق ولا يجمع الضرب في عضو واحد لانه يفضي الى
تلف ذلك العضو او الى تمزيق جلده وكل ذلك لا يجوز بل يفرق الضرب
على جميع الاعضا من الكتفين والذراعين والعضدين والساقين والقدمين
الا الوجه والفرج والراس لان الضرب على الفرج مهلك عادة وقد روي
عن علي رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال اتق وجهه ومذاكيره والضرب على الوجه يوجب المثلة ونهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة والراس يجمع الحواس وفيه
العقل فيخاف من الضرب عليه فوات العقل او فوات بعض الحواس وفيه
اهلاك الذات من وجه وقال ابو يوسف ايضا لا يضرب الصدر والبطن
ويضرب الراس سوطا او سوطين اما الصدر والبطن فلان فيه خوف
الهلاك واما الراس فلقول عمر رضي الله عنه اضربوا الراس فان فيه شيطانا
والجواب ان الحديث ورد في قتل اهل الحرب خصوصا قوم كانوا بالشام
يحلقون اوساط رؤسهم ثم تفريق الضرب على الاعضا مذهبنا وقال
الشافعي رحمه الله يضرب كله على الظهر وهذا ليس بسديد لان المامور به
هو الجلد وانه ماخوذ من ضرب الجلد والضرب على عضو واحد يمزق الجلد
وبعد تمزيق الجلد لا يمكن الضرب على الجلد بعد ذلك ولان في الجمع على
عضو واحد خوف الهلاك وهذا الحد شرع زاجرا لا مهلكا واما كيفية
اقامة الحدود اما حد الرجم فلا ينبغي ان يربط المرجوم بشيء ولا ان يمسك ولا
ان يحفر له اذا كان رجلا بل يقام قايما لان ماعزا لم يربط ولم يمسك ولا حفر

له الا ترى انه روي انه هرب من ارض قليلة الحجارة الى ارض كثيرة الحجارة
ولو ربط او مسك او حفر له لما قدر على الهرب وان كان المرجوم امراة فان
فان شا الامام حفر لها وان شا لم يحفر اما الحفر فلانه استر لها وقد روي
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حفر للمراة الغامدية الى ثندوتها واخذ حصاة مثل
الحمصة فرماها بها وحفر علي رضي الله عنه لشراحة الهمدانية الى السرة واما
ترك الحفر فلان الحفر للستر وهي مستورة بثيابها لانها لا تجرد عند اقامة الحد
ولا باس لكل من رمى ان يتعمد مقتله لان الرجم حد مهلك فما كان اسرع الى
الهلاك كان اولى الا اذا كان الرامي ذا رحم محرم من المرجوم فلا يستحب له ان
يتعمد مقتله لانه قطع الرحم المحرم من غير ضرورة لان غيره يكفيه ويغنيه
وقد روي ان حنظلة غسيل الملايكة رضي الله عنه استاذن رسول الله صلى الله عليه
وسلم في قتل ابيه ابي عامر وكان مشركا فنهاه عن ذلك وقال دعه يكفيك
غيرك واما حد الجلد فاشد الحدود ضربا حد الزنا ثم حد الشرب ثم حد
القذف لان جنايته اعظم من جناية الشرب والقذف اما من جناية القذف
فلا شك فيه لان القذف نسبة الى الزنا فكانت دون حقيقة الزنا واما من
جناية الشرب فلان قبح الزنا ثبت عقلا وحرمة نفس الشرب ثبتت شرعا
لا عقلا ولهذا كان الزنا حراما في الاديان كلها بخلاف الشرب وكذا الخمر يباح
عند ضرورة المخمصة والاكراه ولا يباح الزنا عند الاكراه وغلبة الشبق
وكذا وجوب الجلد في الزنا ثبت بنص الكتاب ولا نص في الشرب وانما استخرجه
الصحابة رضي الله عنهم بالاجتهاد والاستدلال بالقذف فقالوا اذا سكر هذى
واذا هذى افترى وحد المفتري ثمانون وقال الله تعالى في حد الزنا ولا تاخذكم
بهما رافة في دين الله قيل في التاويل اي بتخفيف الجلدات وانما كان ضرب
القذف اخف الضربين لوجهين احدهما ان وجوبه ثبت بسبب متردد
لان القاذف يحتمل ان يكون صادقا في قذفه ولا حد عليه والثاني انه انضاف
اليه رد الشهادة على التابيد فجرى فيه نوع تخفيف ويضرب قايما ولا يمد
على العقابين ولا على الارض كما يفعل في زماننا لانه بدعة بل يضرب قايما ولا
يمد السوط بعد الضرب بل يرفع لان المد بعد الضرب بمنزلة ضربة اخرى
فيكون زيادة على الحد ولا يمد الجلاد يده الى ما فوق راسه لانه يخاف فيه
الهلاك او تمزيق الجلد ولا يضرب بسوط له ثمرة لان اتصال الثمرة بمنزلة
ضربة اخرى فيصير كل ضربة ضربتين فيكون زيادة على القدر المشروع

الثندوة بفتح الاول والواو او بالضم والهمزة مكان الواو والدال في الحالتين مضمومة ثدي الرجل ولحم الثديين والهمزة انما هي اذا تكون الميم مفتوحة ولا تهمز اذا تكون الميم مضمومة حتى في العرب
عن ... على الهداية

وينبغي ان يكون الجلاد عاقلا بصيرا بامر الضرب فيضرب ضربة بين ضربتين
ليس بالمبرح ولا بالذي لا يوجد فيه مس ويجرد الرجل في حد الزنا ويضرب
في ازار واحد لانه اشد الحدود ضربا ومعنى الشدة لا يحصل الا بالتجريد وفي
حد الشرب يجرد ايضا في الرواية المشهورة وروي عن محمد انه لا يجرد وجه
هذه الرواية ان ضرب الشرب اخف من ضرب الزنا فلا بد من اظهار اثر التخفيف
وذلك بترك التجريد وجه الرواية المشهورة انه قد جرى التخفيف مرة بالضرب (فيه)
فلو خفف فيه ثانيا بترك التجريد لا يحصل المقصود من الحد وهو الزجر ولا يجرد
في حد القذف بلا خلاف لان وجوبه بسبب متردد محتمل فيراعى فيه التخفيف
بترك التجريد كما روعي في اصل الضرب بخلاف حد الشرب لان وجوبه ثبت بسبب
لا تردد فيه واما المراة فلا ينزع عنها ثيابها الا الحشو والفرو في الحدود كلها
لانها عورة وتضرب قاعدة لان ذلك استر لها ويفرق الضرب في الاعضا
كلها لما ذكرنا ان الجمع في عضو واحد يقع اهلاكا للعضو وتمزيقا وتخريقا للجلد
وكذلك ليس بمشروع فيفرق على الاعضا كلها الا الوجه والمذاكير والراس
وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم ولا يقام شي من الحدود في المسجد لما روي عن ابن عباس
رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تقام الحدود في المساجد
وهذا نص في الباب ولان تعظيم المسجد واجب وفي اقامة الحدود فيه ترك
تعظيمه يؤيده انا نهينا عن سل السيوف في المساجد قال عليه السلام جنبوا
مساجدكم عن صبيانكم ومجانينكم وبياعاتكم واشربتكم وسل سيوفكم تعظيما
للمسجد ومعلوم ان سل السيوف في ترك التعظيم دون الجلد والرجم فلما كره
ذلك فلان يكره هذا اولى ولان اقامة الحدود في المسجد لا يخلو عن تلويثه
فيجب صيانة المسجد عن ذلك وينبغي ان تقام الحدود كلها على ملاء من الناس
لقوله تعالى وليشهد عذابهما طايفة من المومنين والنص وان ورد في الزنا لكن
النص الوارد فيه يكون واردا في سائر الحدود دلالة لان المقصود من الحدود كلها
واحد وهو زجر العامة وذلك لا يحصل الا ان تكون الاقامة على راس العامة
لان الحضور ينزجرون بانفسهم بالمعاينة والغيب ينزجرون باخبار الحضور
فيحصل الزجر للكل وكذا فيه منع للجلاد عن المجاوزة عن الحد الذي جعل له
لانه لو جاوز لمنعه الناس عن المجاوزة وفيه ايضا وفيه ايضا دفع التهمة والميل
فلا يتهمه الناس انه يقيم الحد عليه بلا جرم سبق منه والله الموفق (صح)
فصل واما بيان ما يسقط الحد بعد وجوبه فالمسقط له انواع منها

الرجوع

الرجوع عن الاقرار بالزنا والسرقة والشرب والسكر لانه يحتمل ان يكون صادقا
في الرجوع والانكار ويحتمل ان يكون كاذبا فيه فان كان صادقا في الانكار يكون (هو)
كاذبا في الاقرار وان كان كاذبا في الانكار يكون صادقا في الاقرار فيورث شبهة
في ظهور الحد والحدود لا تستوفى مع الشبهات وقد روي ان ماعزا لما اقر
بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزنا لقنه الرجوع فقال له لعلك قبلتها
لعلك مسستها وقال لتلك المراة اسرقت قولي لا ما اخالك سرقت وكان
ذلك منه تلقينا للرجوع فلو لم يكن محتملا للسقوط بالرجوع لم يكن للتلقين معنى
وهذا هو السنة للامام اذا اقر انسان عنده بشي من اسباب الحدود الخالصة
ان يلقنه الرجوع درءا للحد كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في الزنا والسرقة
وسوا رجع قبل القضا او بعده قبل الامضا او بعد امضا بعض الجلدات او بعض
الرجم وهو حي بعد لما قلنا ثم الرجوع عن الاقرار قد يكون نصا وقد يكون دلالة بان
اخذ الناس في رجمه فهرب ولم يرجع حتى لا يتبع ولا يتعرض له لان الهرب في
هذه الحالة دلالة الرجوع وروي انه لما هرب ماعز ذكر ذلك لرسول الله صلى
الله عليه وسلم فقال هلا خليتم سبيله دل ان الهرب دليل الرجوع وان الرجوع
مسقط للحد وكما يصح الرجوع عن الاقرار بالزنا يصح عن الاقرار بالاحصان
حتى لو ثبت على الاقرار بالزنا ورجع عن الاقرار بالاحصان يسقط عنه الرجم
وعليه الجلد لان الاحصان شرط صيرورة الزنا علة لوجوب الرجم فيصح الرجوع
عنه كما يصح عن الزنا فيبطل الاحصان ويبقى الزنا فيجب الجلد واما الرجوع
عن الاقرار بالقذف فلا يسقط الحد لان هذا الحد حق العبد من وجه وحق العبد
بعد ما ثبت لا يحتمل السقوط بالرجوع كالقصاص وغيره ومنها تصديق
المقذوف القاذف في القذف لانه لما صدقه فقد ظهر صدقه في القذف
ومن المحال ان يحد الصادق على الصدق ولان حد القذف انما وجب لدفع عار
الزنا وشينه عن المقذوف ولما صدقه في القذف فقد التزم العار بنفسه
فلا يندفع عنه بالحد فيسقط ضرورة ومنها تكذيب المقذوف المقر في اقراره
بالقذف بان يقول له انك لم تقذفني بالزنا لانه لما كذبه في القذف فقد كذب
نفسه في الدعوى والدعوى شرط ظهور هذا الحد ومنها تكذيب المقذوف
حجته على القذف وهي البينة بان يقول بعد القضا بالحد قبل الامضا شهودي
شهدوا بزور لانه يحتمل ان يكون صادقا في التكذيب فتثبت الشبهة ولا يجوز
استيفا الحد مع الشبهة ومنها تكذيب المزني بها المقر بالزنا قبل اقامة الحد

Margin (left page): او اخذ الجلاد في الجلد فهرب ولم يرجع صح

عليه بان قال رجل زنيت بفلانة فكذبته وانكرت الزنا وقالت لا اعرفك يسقط
الحد عن الرجل وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يسقط كذا ذكر الكرخي
الاختلاف وذكر القاضي في شرحه قول ابي يوسف مع قول محمد وجه قول محمد
ان زنا الرجل قد ظهر باقراره وامتناع الظهور في جانب المراة لمعنى يخصها وهو
انكارها فلا يمنع الظهور في جانب الرجل ولهما ان الزنا لا يقوم الا بالفاعل والمحل
فاذا لم يظهر في جانبها امتنع الظهور في جانبه هذا اذا انكرت ولم تدع على
الرجل حد القذف فان ادعت على الرجل حد القذف يحد حد القذف ويسقط حد
الزنا لانه لا يجب عليه حدان هذا اذا كذبته ولم تدع النكاح فاما اذا ادعت النكاح
والمهر قبل اقامة الحد عليه سقط الحد عن الرجل بالاجماع لانه لم يجب عليها للشبهة
لاحتمال ان تكون صادقة في دعوى النكاح فتمكنت الشبهة في وجوب الحد عليها
واذا لم يجب عليها تعدى الى جانب الرجل فيسقط عنه وعليه المهر لان الوطي
لا يخلو عن عقوبة او غرامة وان كان دعوى النكاح منها بعد اقامة الحد على الرجل
لا مهر لها عليه لان الوجوب في الفصل الاول لضرورة اقامة الحد ولم يوجد وعلى
هذا اذا اقرت امراة بالزنا مع فلان وانكر الرجل وكذبها او ادعى النكاح على
الاتفاق والاختلاف ولو اقر رجل بالزنا بفلانة فادعت المراة الاستكراه يحد
الرجل بالاتفاق ففرق بين هذا وبين الاول ووجه الفرق بينهما ان المراة
في الفصل الاول انكرت وجود الزنا فلم يثبت الزنا من جانبها فتعدى الى الجانب
الاخر وها هنا اقرت بالزنا لكنها ادعت الشبهة بمعنى يخصها وهو كونها مكرهة
فلا يتعدى الى جانب الرجل والدليل على التفرقة بينهما انا لو تيقنا بالاكراه يقام
الحد على الرجل بالاجماع ولو تيقنا بالنكاح في الفصل الاول لا يقام الحد على الرجل
والله اعلم ومنها رجوع الشهود بعد القضا قبل الامضا لان رجوعهم يحتمل
الصدق والكذب فيورث شبهة والحدود لا تستوفى مع الشبهات وقد ذكرنا
الاحكام المتعلقة برجوع الشهود في باب الحدود كلهم او بعضهم قبل القضا او بعد
قبل الامضا او بعد الامضا بما فيه من الاتفاق والاختلاف في كتاب الرجوع عن
الشهادات ومنها بطلان اهلية شهادتهم بعد القضا قبل الامضا بالفسق
والردة والجنون والعمى والخرس وحد القذف لما ذكرنا فيما تقدم ومنها
موتهم في حد الرجم خاصة في ظاهر الرواية لما ذكرنا ان البداية بالشهود شرط
جواز الاقامة وقد فات بالموت على وجه لا يتصور عوده فيسقط الحد ضرورة
واما اعتراض ملك النكاح او ملك اليمين فهل يسقط الحد بان زنا بامراة ثم تزوجها

١٩٢

195

او جارية ثم اشتراها عن ابي حنيفة فيه ثلاث روايات روى محمد عنه انه لا يسقط
وهو قول ابي يوسف ومحمد وروى ابو يوسف عنه انه يسقط وروى الحسن عنه
ان اعتراض الشرا يسقط واعتراض النكاح لا يسقط وجه رواية الحسن ان
البضع لا يصير مملوكا للزوج بالنكاح بدليل انها اذا وطيت بشبهة كان العقر
لها والعقر بدل البضع والبدل انما يكون لمن كان له المبدل فلم يحصل استيفا
منافع البضع من محل مملوك له فلا يورث شبهة وبضع الامة يصير مملوكا
للمولى بالشرا الا ترى انها لو وطيت بشبهة كان العقر للمولى فحصل الاستيفا
من محل مملوك له فيصير شبهة فصار كالسارق اذا ملك المسروق بعد
القضا قبل الامضا وجه رواية ابي يوسف ان المراة تصير مملوكة للزوج بالنكاح
في حق الاستمتاع فحصل الاستيفا من محل مملوك له فيصير شبهة كالسارق
اذا ملك المسروق وجه رواية محمد ان الوطي حصل زنا محضا لمصادفته
محلا غير مملوك له فحصل موجبا للحد والعارض وهو الملك لا يصلح مسقطا
لاقتصاره على حال ثبوته لانه ثبت بالنكاح والشرا وكل واحد منهما وجد
للحال فلا يستند الملك الثابت به الى وقت وجوب الوطي فبقي الوطي
خاليا عن الملك ~~فبقي زنا~~ فبقي زنا محضا موجبا للحد بخلاف السارق
اذا ملك المسروق لان هناك وجد المسقط وهو بطلان ولاية الخصومة
لان الخصومة هناك شرط وقد خرج المسروق منه من ان يكون خصما بملك
المسروق لذلك افترقا والله اعلم ولو غصب جارية فزنا بها فماتت روى ابو
يوسف عن ابي حنيفة ان عليه الحد وقيمة الجارية وروى الحسن عن ابي حنيفة
وابي يوسف ان عليه القيمة ولا حد عليه وذكر الكرخي ان هذا اصح الروايتين
وجه رواية ابي يوسف ان الضمان لا يجب الا بعد هلاك الجارية وهي بعد
الهلاك لا تحتمل الملك فلا يملكها الغاصب بالضمان فلا يمنع وجوب الحد
وجه رواية الحسن ان الضمان لا يجب بعد الهلاك وانما يجب في اخر جزء
من اجزا حياتها وهي محتملة للملك في ذلك الوقت فيستند الى وقت وجود
السبب ولان حياة المحل يشترط لثبوت الملك فيه مقصود المبادلة مقصودة
والملك ها هنا يثبت ضرورة استحالة اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد
في عقد المبادلة فلا يشترط له حياة المحل فيثبت الملك في الميت وانه يمنع
وجوب الحد ولو غصب حرة فزنا بها فماتت فعليه الحد والدية لان ملك الضمان
في الحرة لا يوجب ملك المضمون لان المحل لا يحتمل التملك فلا يمنع وجوب الحد

ان عليه الحد وقيمة الجارية وروى الحسن عن ابي حنيفة ص

بخلاف الامة والله الموفق فصل واما حكم الحدود اذا اجتمعت فالاصل في
اسباب الحدود اذا اجتمعت انه يتقدم حق العبد في الاستيفا على حق الله تعالى لحاجة
العبد الى الانتفاع بحقه وتعالى الله تعالى عن الحاجات ثم ينظر ان لم يمكن استيفا
حقوق الله تعالى تسقط ضرورة وان امكن استيفاوها فان كان في اقامة شي
منها اسقاط البواقي يقام ذلك دراً للبواقي لقوله عليه الصلاة والسلام
ادروا الحدود ما استطعتم وان لم يكن في اقامة شي منها اسقاط البواقي يقام
الكل جمعا بين الحقين في الاستيفا واذا ثبت هذا فنقول اذا اجتمع القذف
والشرب والسكر والزنا من غير احصان والسرقة بان قذف انسانا بالزنا
وشرب الخمر وسكر من غير الخمر من الاشربة المعهودة وزنا وهو غير محصن
وسرق مال انسان ثم انه يوتى الى الامام بدا الامام بحد القذف فضربه لانه
حق الله تعالى من وجه وما سواه حقوق العباد على الخلوص فيقدم استيفاوه
ثم يستوفي حقوق الله تعالى لانه يمكن استيفاوها وليس في اقامة شي منها اسقاط
البواقي فلا يسقط ثم اذا ضرب حد القذف يحبس حتى يبرا من الضرب ثم الامام
بالخيار في البداية ان شا بدا بحد الزنا وان شا بحد السرقة ويوخر حد الشرب
عنهما لانهما ثبتا بنص الكتاب وحد الشرب لم يثبت بنص الكتاب انما ثبت
باجماع مبني على الاجتهاد او على خبر الواحد ولا شك ان الثابت بنص الكتاب
آكد ثبوتا ولا يجمع ذلك كله في وقت واحد بل يقام كل واحد منها بعد ما برى
من الاول لان الجمع بين الكل في وقت واحد يفضي الى الهلاك ولو كان من جملة هذه
الحدود حد الرجم بان زنا وهو محصن يبدا بحد القذف ويضمن السرقة
ويرجم ويدرا عنه ما سوى ذلك لان حد القذف حق العبد فيقدم في الاستيفا وفي
اقامة حد الرجم اسقاط للبواقي فيقام دراً للبواقي لان الحدود واجبة الدرء
ما امكن[2] الا انه يضمن السرقة لان المال لا يحتمل الدرء وكذلك لو كان مع هذه
الحدود قصاص في النفس يبدا بحد القذف ويضمن السرقة ويقتل قصاصا
ويدرا ما سوى ذلك وانما بدا بحد القذف دون القصاص الذي هو خالص حق
العبد لان في البداية بالقصاص اسقاط حق القذف ولا سبيل اليه لذلك بدا بحد القذف
ويقتل قصاصا ويبطل ما سوى ذلك لتعذر الاستيفا بعد القتل الا انه يضمن
السرقة لما قلنا ولو كان مع القصاص في النفس قصاص فيما دون النفس يحد حد القذف
ويقتص ما دون النفس ويقتص في النفس ويلغى ما سوى ذلك ولو لم يكن في
الحدود حد القذف يقتص فيما دون النفس ثم يقتص في النفس ويلغى ما سوى ذلك



٢ فيدرءه

~~ولو لم يكن في الحدود حد القذف يقتص فيما دون النفس ثم يقتص في النفس ويلغى ما~~
~~سوى ذلك~~ ولو اجتمعت الحدود الخالصة والقتل يقتص ويلغى ما سوى ذلك
لان تقديم القصاص على الحدود والاستيفا واجب ومتى قدم استيفاوه تعذر استيفا
الحدود فيسقط ضرورة والله اعلم فصل واما حكم المحدود فالحد ان كان رجما
فاذا قتل يدفع الى اهله فيصنعون به ما يصنع بسائر الموتى فيغسلونه ويكفنونه
ويدفنونه ويصلون عليه[ط] امر رسول الله صلى الله عليه وسلم لما رجم ماعزا فقال اصنعوا
به ما تصنعون بموتاكم وان كان جلدا فحكم المحدود وغيره سوا في سائر الاحكام من
الشهادة وغيرها الا المحدود في القذف خاصة في حق الشهادة فانها تبطل شهادته
على التابيد حتى لا تقبل وان تاب الا في الديانات عندنا وعند الشافعي تقبل شهادته
بعد التوبة وقد ذكرنا المسلة بفروعها في كتاب الشهادات فصل واما
التعزير فالكلام فيه في مواضع في بيان سبب وجوب التعزير وفي بيان شرط وجوبه
وفي بيان قدره وفي بيان وصفه وفي بيان ما يظهر به اما سبب وجوبه فارتكاب
جناية ليس لها حد مقدر في الشرع سوا كانت الجناية على حق الله تعالى بترك الصلاة
والصوم ونحو ذلك او على حق العبد بان آذى مسلما بغير حق بفعل او بقول يحتمل الصدق
والكذب بان قال له يا خبيث يا فاسق يا سارق يا فاجر يا كافر يا آكل الربا يا شارب
الخمر ونحو ذلك فان قال له يا كلب يا خنزير يا حمار يا ثور ونحو ذلك لا يجب عليه
التعزير لان في النوع الاول انما وجب التعزير لانه الحق العار بالمقذوف اذ الناس بين
مصدق ومكذب فيعزر دفعا للعار عنه والقاذف في النوع الثاني الحق العار بنفسه
بقذفه غيره بما لا يتصور فيرجع عار الكذب اليه لا الى المقذوف فصل واما
شرط وجوبه فالعقل فقط فيعزر كل عاقل ارتكب جناية ليس لها حد مقدر سوا كان
حرا او عبدا ذكرا او انثى مسلما او كافرا بالغا او صبيا بعد ان يكون عاقلا لان هولا من
اهل العقوبة الا الصبي العاقل فانه يعزر تاديبا لا عقوبة لانه من اهل التاديب
الا ترى الى ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال مروا صبيانكم بالصلاة اذا
بلغوا سبعا واضربوهم عليها اذا بلغوا عشرا وذلك بطريق التاديب والتهذيب
لا بطريق العقوبة لانها تستدعي الجناية وفعل الصبي لا يوصف بكونه جناية بخلاف
المجنون والصبي الذي لا يعقل لانهما ليسا من اهل العقوبة ولا من اهل التاديب
فصل واما قدر التعزير فان وجب بجناية ليس من جنسها ما يوجب الحد كما اذا
قال لغيره يا فاسق يا خبيث يا سارق ونحو ذلك فالامام فيه بالخيار ان شا عزره بالضرب
وان شا بالحبس وان شا بالنهر والاستخفاف بالكلام و[2] هذا يحمل قول عمر رضي الله عنه

ط بهذا

٢ على

لعبادة ابن الصامت يا احمق ان ذلك على سبيل التعزير منه اياه لا على سبيل الشتم اذ لا
يظن ذلك من مثل عمر باحد فضلا عن الصحابي رضي الله عنهما ومن مشايخنا من رتب
التعزير على مراتب الناس فقال التعزير على اربع مراتب تعزير الاشراف وهم
الدهاقين والقواد وتعزير اشراف الاشراف وهم الفقها والعلوية وتعزير الاوساط
وهم السوقة وتعزير الاخسا وهم السفلة فتعزير اشراف الاشراف بالاعلام المجرد
وهو ان يبعث القاضي امينه اليه فيقول له بلغني انك تفعل كذا وكذا وتعزير الاشراف
الاعلام والجر الى باب القاضي والخطاب بالمواجهة وتعزير الاوساط الاعلام والجر
والحبس وتعزير السفلة الاعلام والجر والضرب والحبس لان المقصود من التعزير هو
الزجر واحوال الناس في الانزجار على هذه المراتب وان وجب بجناية في جنسها الحد
لكنه لم يجب لفقد شرطه كما اذا قال الصبي او مجنون يا زاني او الذمية او ام ولد يا زانية
فالتعزير فيه بالضرب ويبلغ اقصى غاياته وذلك تسعة وثلاثون في قول ابي حنيفة
وعند ابي يوسف خمسة وسبعون وفي رواية النوادر عنه تسعة وسبعون وقول
محمد مضطرب ذكره الفقيه ابو الليث رحمه الله والحاصل انه لا خلاف بين اصحابنا
في انه لا يبلغ بالتعزير الحد لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من بلغ حدا
في غير حد فهو من المعتدين الا ان ابا يوسف صرف الحد المذكور في الحديث على
الاحرار وزعم انه الحد الكامل لا حد المماليك لان ذلك بعض الحد وليس بحد كامل
ومطلق الاسم ينصرف الى الكامل في كل باب ولان الاحرار هم المقصودون في الخطاب
وغيرهم يلحق بهم فيه ثم قال في رواية ينقص منها سوط وهي الاقيس لان ترك
التبليغ يحصل به وفي رواية قال ينقص منها خمسة وروي ذلك عن علي رضي الله عنه
انه قال يعزر خمسة وسبعين وابو حنيفة رحمه الله صرفه الى حد المماليك وهو
اربعون لانه ذكر حدا منكرا فيتناول حدا ما واربعون حد كامل في المماليك فينصرف
اليه ولان في الحمل على هذا الحد اخذا بالثقة والاحتياط لان اسم الحد يقع على النوعين
فلو حملناه على ما قال ابو حنيفة يقع الامن عن وعيد التبليغ لانه لا يبلغ ولو حملناه
على ما قاله ابو يوسف لا يقع الامن عنه لاحتمال انه اراد به حد المماليك فيصير
مبلغا غير الحد الحد فيلحقه الوعيد فكان الاحتياط فيما قاله ابو حنيفة رحمه
الله والله الموفق فصل واما صفته فله صفات منها انه اشد الضرب
واختلف المشايخ في المراد بالشدة المذكورة قال بعضهم اريد بها الشدة من حيث
الجمع وهي ان يجمع الضربات فيه على عضو واحد ولا يفرق بخلاف الحدود وقال
بعضهم المراد منها الشدة في نفس الضرب وهي الايلام ثم انما كان اشد الضرب

٣ قال ابو يوسف فعلى انه نقصان الخمسة واعتبرت ادنى الحدود وروي عنه انه قال اخذت كل نوع من بابه واخذت التعزير في اللمس والقبلة في حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف ليكون الحاق كل نوع ببابه ٣

لوجهين احدهما انه شرع للزجر المحض ليس فيه معنى التكفير الذنب بخلاف الحدود
فان معنى الزجر فيها يشوبه معنى التكفير قال النبي صلى الله عليه وسلم الحدود كفارات
لاهلها فاذا تمحض التعزير للزجر فلا شك ان الاشد ازجر وكان في تحصيل ما شرع له
ابلغ والثاني انه قد نقص عن عدد الضربات فيه فلو لم يشدد في الضرب لا يحصل
المقصود منه وهو الزجر ومنها انه يحتمل العفو والصلح والابرا لانه حق العبد
خالصا فتجري فيه هذه الاحكام كما تجري في سائر حقوق العباد من القصاص وغيره
بخلاف الحدود ومنها انه يورث كالقصاص وغيره لما قلنا ومنها انه لا يتداخل
لان حق العبد لا يحتمل التداخل بخلاف الحدود ويوخذ فيه الكفيل الا انه لا يحبس
لتعديل الشهود اما الكفيل فلان التكفيل للتوثيق والتعزير حق العبد فكان
التوثيق ملايما له بخلاف الحدود على اصل ابي حنيفة رحمه الله واما عدم الحبس فلان
الحبس يصلح تعزيرا في نفسه فلا يكون مشروعا قبل تعديل الشهود بخلاف الحدود
انه يحبس فيها للتعديل لان الحبس لا يصلح حدا والله اعلم فصل واما بيان ما
يظهر به فنقول انه يظهر بما يظهر به سائر حقوق العباد من الاقرار والبينة
والنكول وعلم القاضي وتقبل فيه شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة
وكتاب القاضي الى القاضي كما في سائر حقوق العباد وروى الحسن عن ابي حنيفة انه
لا تقبل فيه شهادة النسا والصحيح هو الاول لانه حق العبد على الخلوص فيظهر بما
يظهر به حقوق العباد ولا يعمل فيه الرجوع كما لا يعمل في القصاص وغيره
بخلاف الحدود الخالصة والله اعلم بالصواب

اخر الجزء الخامس من البدايع يتلوه
في اول الجزء السادس الذي
يليه كتاب الجنايات
وحسبنا الله ونعم الوكيل
وكان الفراغ منه في
٢٧ شهر ربيع
الاول سنة ٨٨٣
احسن الله
عاقبتها
[illegible]